# القواعد الفقهية الكلية

دكتور
محمود سعد
أستاذ الدراسات الإسلامية في
كلية الآداب - جامعة بنها

الناشر
مكتبة رشوان
شارع بخيت خليفة - عين شمس

الطبعة الأولى

١٤١٥ هـ — ١٩٩٤ م



---

دار الطباعة المحمدية

[illegible] بالأزهر / القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ رب اشرح لى صدرى . ويسر لى أمرى . واحلل عقدة من لسانى يفقهوا قولى ﴾

سورة طه / ٢٥ — ٢٨

# مقدمة

نحمد الله سبحانه وتعالى ونستعينه، ونستغفره، ونستهديه ونتوكل عليه، ونثنى عليه الخير كله، نشكره ولا نكفره، ونخلع ونترك من يفجره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادى له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، اللهم صل وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بخير وإحسان إلى يوم الدين.

ورضى الله عن الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين، الذين إتخذوا من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة نبراسا ونورا استضاءوا به واعتمدوا عليه فى استنباط الأحكام العملية من الأدلة الشرعية.

وبعـــد:

فقد ألف القدامى فى علم القواعد الفقهية، فوصفوا الأساس المتين المكين، ثم جاء من بعدهم المتأخرون فعلقوا وشرحوا وأضافوا، ثم المعاصرون فيسروا وأبانوا، وأوضحوا لنا فائدة القواعد الفقهية، لأن معرفة تلك القواعد من أقوى الأسباب لتسهيل العلم وفهمه، وحفظه، لجمعها المسائل المتفرقة بكلام جامع.

وهذه القواعد، كما يقول عنها الشاطبى رضى الله عنه (كلية أبدية، وضعت عليها الدنيا، وبها قامت مصالحها فى الخلق حسبما بين ذلك الاستقراء، وعلى وفاق ذلك جاءت الشريعة أيضا، فذلك الحكم الكلى باق إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها)[1].

---

(1) الموافقات للشاطبى ح ٢٩٨/٢

وإن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية، كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة، وتلك القواعد مسلمة معتبرة فى كتب الفقه، تتخذ أدلة لإثبات المسائل وتفهمها فى بادىء الأمر يوجب الاستئناس بالمسائل، ويكون وسيلة لتقريرها فى الأذهان، فلذا تحدثت عن القواعد الفقهية الكلية الخمس.

ولقد جاءت تلك الدراسة مقسمة إلى ثلاثة مباحث وخاتمة:

المبحث الأول: ويعرض لمعنى القواعد الفقهية الكلية.

المبحث الثانى: يتناول نبذة تاريخية عن القواعد الفقهية.

المبحث الثالث: يشتمل على القواعد الكلية الخمس التى ترجع إليها جميع مسائل الفقه الإسلامى، وهى:

١ — الأمور بمقاصدها.
٢ — اليقين لا يزول بالشك.
٣ — المشقة تجلب التيسير.
٤ — الضرر يزال.
٥ — العادة محكمة.

وفى النهاية جاءت الخاتمة.

وبعـــد:

فإنى أضرع إلى المولى عز وجل أن يجعل هذا العمل خالصا لذاته العلية.

إن أريد إلا الإصلاح ما استطعت، وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.

محمود عبد النبى حسين سعد

# المبحث الأول

## معنى القواعد الفقهية الكليه

- معنى القاعدة فى اللغة والاصطلاح .
- معناها عند النحاة.
- معناها عند الفقهاء .
- الفرق بين أصول الفقه والقواعد الفقهية.
- الفرق بين القواعد والنظريات .
- فائدة القواعد الفقهية .

## معنى القواعد الفقهية الكلية

(أ) تعريفها لغة واصطلاحا :

١ — معنى القاعدة فى اللغة :

القاعدة فى اللغة : هى أساس البيت ونحوه ، قال الله جل ثناؤه : ( وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل )[1] .

والقواعد : جمع قاعدة .

والقاعدة عند النحاه : هى الضابط ، بمعنى الحكم المنطبق على جميع جزئياته، وذلك مثل قولهم : الفاعل مرفوع ، والمفعول به منصوب، واسم إن منصوب .

وعرفها الفقهاء بقولهم : إن القاعدة هى حكم أغلبى ينطق على معظم جزئياته[2] وذلك مثل قولهم : الأمور بمقاصدها ، وقولهم : الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه . وقولهم : اليقين لا يزول بالشك .

ويقول السيوطى : إن القاعدة الكلية هى حكم كلى ينطبق على جميع جزئياته[3] .

---

(١) سورة البقرة /١٢٧

(٢) حاشية الحموى على الأشباه والنظائر تأليف الشيخ زين العابدين ابن إبراهيم بن نجيم ٩٢٦م — ٩٧٠هـ — الفن الأول — القاعدة الأولى .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥

وعلى هذا فإن القواعد الفقهية هي القواعد الكلية ، أو الأكثرية التي تحكم الفروع الفقهية المتشابهة .

وهي من قبيل الأحكام الفقهية ، إذ هي وإن كانت كلية ، إلا أن موضوعها هو فعل المكلف بأنه لا يستحق عليه الثواب ، إلا إذا كان قد نوى به القربة .

وهذا بخلاف القواعد الأصولية ، فإن موضوعها هو الدليل الشرعي وأحواله ، والأحكام ، وأحوالها ؛ ومن أجل كونها أحكاما فقهية سميت بالقواعد الفقهية في مقابل الأحكام الفقهية الجزئية التي هي تطبيق لها .

٢ — الفرق بين علم أصول الفقه والقواعد :

وعلى هذا فإن علم أصول الفقه يبين لنا المنهاج الذي يلتزمه الفقيه ، فهو القانون الذي يلتزمه الفقيه ليعتصم به من الخطأ في الاستنباط .

أما القواعد الفقهية فهي مجموعة الأحكام المتشابهة التي ترجع إلى قياس واحد يجمعها ، أو إلى ضبط فقهي يربطها ، كقواعد الملكية ، في الشريعة ، وكقواعد الضمان وقواعد الخيارات ، وكقواعد الفسخ بشكل عام .

هذا وينبغي أن نلاحظ أن دراسة القواعد الفقهية هي من قبيل دراسة الفقه ، لا من قبيل دراسة أصول الفقه ، وهي مبنية على الجمع بين المسائل المتشابهة — كما سبق أن قلنا — من الأحكام الفقهية ؛ ولهذا نستطيع أن نرتب تلك المراتب الثلاث التي نبني بعضها على بعض :

فأصول الفقه ينبني على استنباط الفروع الفقهية ، حتى إذا كانت

المجموعات الفقهية المختلفة أمكن الربط بين فروعها ، وجمع أشتاتها فى قواعد عامة جامعة لهذه الأشتات[1] .

٣ — الفرق بين القواعد والنظريات :

إن القواعد الفقهية تمتاز بالإيجاز فى صياغتها ، على عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الجزئية ، فتصاغ القاعدة بكلمتين ، أو ببضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم[2].

وهذه القواعد إنما هى مبادىء وضوابط فقهية يتضمن كل منها حكما عاما، وذلك بعكس النظريات الأساسية الكبرى ، التى تؤلف كل منها نظاماً موضوعيا فى الفقه والتشريع .

وقد تأتى القاعدة الكلية ضابطا خاصا بناحية من نواحى إحدى تلك النظريات .

وبناء على ذلك يمكن أن نقول إن تلك القواعد إنما هى ضوابط فقهية تراعى فى تخريج أحكام الحوادث ، ضمن حدود تلك النظريات الكبرى .

فقاعدة ( العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى ) مثلا ليست سوى

(١) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ص٦—٧

(٢) ألفاظ العموم عند الأصوليين هى الألفاظ الموضوعة لغة للدلالة بصيغتها ، أو بمعناها على أفراد كثيرة ، غير محصورة ، على سبيل الاستغراق ، وذلك مثل لفظة : ( المؤمنون ) فى قوله عز وجل : ( إنما المؤمنون إخوة ) سورة الحجرات /١٠ لأن صيغة الجمع المعروف تعم، وغير ذلك .

ضابط فى ناحية مخصوصة من ميدان أصل نظرية العقد ، وهكذا سواها من القواعد .

وهذه القواعد الفقهية - كما سبق أن قلنا - هى أحكام أغلبية مطردة ، يقول القرافى[1] (من المعلوم أن أكثر قواعد الفقه أغلبية )[2] .

فائدتها :

ولولا هذه القواعد الكلية الفقهية ، لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً مشتتة قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها فى الأفكار ، وتبرز فيها العلل الجامعة، وتعين اتجاهاتها التشريعية ، وتمهد بينها طريق المقايسة والمجانسة[3] .

يقول القرافى : إن الشريعة المحمدية اشتملت على أصول وفروع ، وأصولها قسمان :

أحدهما : المسمى : أصول الفقه ، وأغلب مباحثه فى قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ ، كدلالة الأمر على الوجوب ، ودلالة النهى على التحريم ، وصيـــغ الخصوص والعموم ، وما يتصل بذلك كالنسخ والترجيح .

والثانى : هو القواعد الكلية الفقهية ، وهى جليلة كثيرة ، لها من

---

(١) أحمد بن إدريس القرافى ، المتوفى سنة ٦٨٤ هـ المالكى المذهب صاحب كتابى الفروق والأحكام .

(٢) تهذيب الفروق حـ١/٣٦ — الفرق الثانى .

(٣) المدخل الفقهى العام ـ الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد، د مصطفى الزرقاء حـ٢/٩٤٧—٩٤٨

فروع الأحكام مالا يحصى . وهذه القواعد لم يذكر منها شيء في أصول الفقه ، وقد يشار إليها هناك على سبيل الإجمال .

وهذه القواعد مهمة فى الفقه ، عظيمة النفع ، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه . وتتضح له مناهج الفتوى .

ومن أخذ بالفروع الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه تلك الفروع واضطربت ، واحتاج إلى حفظ جزئيات لا تتناهى .

ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات ، لاندراجها فى الكليات ، وتناسب عنده ما تضارب عند غيره[1] .

وعلى هذا فإن الفقيه يرتقى بمعرفة تلك القواعد ، حيث تساعده على فهم المسائل والمبادىء ، وبها يرتقى إلى درجة الاجتهاد ، ولو فى الفتوى[2]

وجاء فى مجلة الأحكام العدلية فى مقدمة تلك القواعد ( إن حكام الشرع مالم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى قاعدة من هذه القواعد ، إلا أن لها فائدة كلية فى ضبط المسائل ، فمن اطلع عليها من المطالعين يضطبون المسائل بأدلتها ، وسائر المأمورين يرجعون إليها فى كل خصوص ، وبهذه القواعد يمكن للإنسان تطبيق معاملاته على الشرع الشريف ، أو فى الأقل التقريب )

ولئن كانوا قد نصوا على ذلك ، فقد جرى العمل على خلاف ذلك ، فإن كل مالم يرد فيه نص فى المجلة ولا نقل فى المذهب الحنفى ، يصدر الحكم فيه تطبيقا لتلك القواعد ، وهذا أمر منطقى بعد التسليم بكونها قواعد الفقه .

---

(١) مقدمة كتاب الفروق بتصرف جـ ١/٢—٣

(٢) الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان تأليف الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن نجيم صـ ١٥ — المقدمة

أنواعها :

والقواعد الفقهية منها ما هو أصل فى ذاته لا يتفرع عن قاعدة فقهية أخرى ، ومنها ما هو متفرع عن غيره .

وقد خص النوع الأول باسم القواعد الفقهية العامة ، كما أشار إلى ذلك العلامة ابن نجيم .

وسمى النوع الثانى بالقواعد الفقهية الكلية ، لأنه يتخرج عليها مالا يحصر من الصور الجزئية وهذه القواعد وتلك مما نص الفقهاء القدامى على الكثير منه ، أوردوه مختلطا بالأحكام الفقهية الجزئية على سبيل التعليل لها ، والبعض الآخر منها استنبطه المتأخرون من الفروع الفقهية المتشابهة الواردة فى موضوعات متفرقة .

## المبحث الثاني

### نبذة تاريخيه عن القواعد الفقهيه

- القواعد الفقهية صيغت نصوصها بالتدرج ..
- معظم تلك القواعد اكتسبت صياغتها عن طريق التداول ..
- من المؤلفين الذين أشاروا فى مصنفاتهم إلى هذه القواعد..

- القاضى حسين ، الفقه الشافعى .
- أبو طاهر محمد بن محمد الدباس .
- أبو سعيد الهروى .
- العلامة السالمى .
- جلال الدين السيوطى .
- زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المصرى .
- الفقيه التركى محمد أبو سعيد الخادمى .
- مجلة الأحكام العدلية .

## نبذة تاريخيه عن بعض القواعد الفقهيه

١ — إن القواعد الفقهية قد تكونت مفاهيمها ، وصيغت نصوصها بالتدرج فى عصور ازدهار الفقه الإسلامى، ونهضته على أيدى كبار فقهاء المذاهب المختلفة .

ولا يعرف لكل قاعدة من تلك القواعد الفقهية صائغ معين ، اللهم إلا ما كان منها نص حديث نبوى شريف ، مثـــل قاعدة : لا ضرر ولا ضرار .

أو ما أثر عن بعض أئمة المذاهب ، وكبار أتباعهم من عبارات جرت بعد ذلك مجرى القول؛ ومن ذلك ما جاء على لسان أبى يوسف فى كتابه الخراج . ليس للإمام أن يخرج شيئاً من يد أحد إلا بحق ثابت معروف[1] .

٢ — وبالنسبة لمعظم تلك القواعد ، فقد اكتسبت صياغتها الأخيرة المأثورة عن طريق التداول ، والصقل ، والتحوير ،على أيدى كبار فقهاء المذاهب فى مجال التعليل والاستدلال ، فقد كانت تعليلات الأحكام الفقهية الاجتهادية ومسالك الاستدلال القياسى عليها،أعظم مصدر لتقعيد هذه القواعد وإحكام صيغها بعد استقرار المذاهب الفقهية الكبرى ، وانصراف كبار أتباعها إلى تحريرها وترتيب أصولها وأدلتها .

والظاهر أن المذهب الحنفى قد كانت الطبقة العليا من فقهائه أسبق إلى صياغة تلك المبادىء الفقهية الكلية فى صيغ قواعد ، والاحتجاج بها .

---

(١) رد المحتار جـ ٢٥٧/٢

٣ — ومن المؤلفين الذين أشاروا فى مصنفاتهم إلى هذه القواعد بصورة خاصة : القاضى الحسين ، الفقيه الشافعى — هو أبو على الحسين ابن محمد بن أحمد المروروزى المتوفى سنة ٤٦٢. ويعتبر أول من نوه بأربع قواعد قال عنها : إن مبنى الفقه عليها وهى:

— العادة محكمة .

— واليقين لا يزال بالشك .

— والمشقة تجلب التيسير .

— والضرر يزال.

ويروى لنا العلامة ابن نجيم فى مقدمة كتابه : الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان - أن أبا طاهر محمد بن محمد الدباس ، إمام أهل الرأى بالعراق — وهو ممن عاش فى القرنين الثالث والرابع للهجرة — قد جمع أهم قواعد مذهب أبى حنيفة النعمان فى سبع عشرة قاعدة كلية[1] .

ويذكر لنا ابن نجيم أيضاً أن أبا سعيد الهروى الشافعى ، قد رحل إلى أبى طاهر ونقل عنه بعض هذه القواعد ومنها[2] :

١ — الأمور بمقاصدها .

٢ — الضرر يزال .

٣ — العادة محكمة .

٤ — اليقين لا يزول بالشك .

٥ — المشقة تجلب التيسير .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥

(٢) السابق : نفسه : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٥

وقد نظمها بعض الشافعية بقوله :

خمس مقررة قواعد مذهب للشافعى فكن بهن خبيراً
ضرر يزال ، وعادة قد حكمت
وكذا المشقة تجلب التيسيرا
والشك لا ترفع به متيقنا
والقصد أخلص إن أردت أجوراً

وقد أورد العلامة السالمى هذه القواعد الخمس فى كتابه : شرح طلعة الشمس على الألفيه فى الجزء الثانى(١) حيث يقول :

أما اليقين فهو لا يزيله إلا يقين مثله حصوله
وإنما الأمور بالمقاصد والضر مرفوع بلا معاند
ويجلب التيسير بالمشقة إذ ليس فى الدين عذاب الأمة
وإن للعادة حكماً فعلى
ما قد ذكرت أسس الفقه الأولى

ويقال : إن أقدم مجموعة من هذه القواعد الكلية الفقهية هى قواعد الإمام أبى الحسن الكرخى — عبيد الله الحسين الكرخى ولد سنة ٢٦٠ﻫ وتوفى سنة ٣٤٠ ﻫ وانتهت إليه رئاسة المذهب الحنفى — التى شرحها الإمام نجم الدين أبو حفص عمر النسفى الحنفى المتوفى سنة ٥٣٧ ﻫ .

ويبدو أن الكرخى قد أخذ القواعد التى جمعها أبو طاهر الدباس ، وأضاف إليها ، فقد جاءت مجموعة الكرخى بسبع وثلاثين قاعدة ، بينما رأينا آنفاً فيما رواه ابن نجيم أن القواعد التى جمعها الدباس كانت سبع عشرة .

---

(١) شرح طلعة الشمس على الألفية ﺣ ١٩١/٢

وجاء الامام الدبوسي — أبو زيد عبيد الله بن عمر الدبوسي الحنفي، أول من وضع علم الفقه المقارن، يقول ابن خلكان إنه أول من وضع علم خلاف الفقهاء — فوضع كتابه المسمى بـ [تأسيس النظر]، وضمنه طائفة هامة من الضوابط الفقهية الخاصة بموضوع معين، ومن القواعد الكلية، مع التفريع عليها .

وبعد ذلك ألف تاج الدين السبكي الشافعي — تاج الدين بن تقي الدين السبكي هو أبو نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ونسبته إلى سبك من أعمال المنوفية بمصر ولد في القاهرة سنة ٧٢٩ هـ — ١٣٢٩م وكانت وفاته بدمشق سنة ٧٧١ هـ — ١٣٧٠ م.

ومن مؤلفاته : الأشباه والنظائر — طبقات الشافعية الكبرى في ستة أجزاء — وكتاب جمع الجوامع في أصول الفقه، وتتمة شرح منهاج البيضاوي .

وجاء الإمام جلال الدين السيوطي — عبد الرحمن بن الكمال بن محمد ولد سنة ٨٤٩ هـ وتوفي سنة ٩١١ هـ، وكان شافعي المذهب، وقد ترك مصنفات عديدة من أهمها [الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية]. وقد تحدث عن القواعد الخمس التي ذكرناها آنفاً، وعن القواعد الكلية التي يتخرج عليها، مالا ينحصر من الصور الجزئية، وهي أربعون قاعدة، ثم تناول القواعد المختلف فيها.

وجاء العلامة: زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المصري ولد بالقاهرة سنة ٩٢٦ هـ وتوفي سنة ٩٧٠ هـ .

وقد ألف كتباً معتبره فى الفقه الحنفى أهمها :

كتاب البحر الرائق شرح كنز الدقائق .

— وكتاب الأشباه والنظائر ، وجمع فى الفن الأول من كتابه — الأشباه — خمسا وعشرين قاعدة . قسمها إلى قسمين :

( ا ) قواعد أساسية كالأركان فى المذاهب الفقهية وهى ست قواعد، الخمس المتقدمة مضافا إليها قاعدة سادسة هى قاعدة : [ لاثواب إلا بالبينة وهى خاصة بالثواب الأخروى فقط .

ويرون أن قاعدة (الأمور بمقاصدها ) تغنى عنها لأن كلا منهما مستمد من الحديث الشريف[إنما الأعمال بالنيات . وإنما لكل امرىء مانوى](1).

( ب ) تسع عشرة قاعدة أخرى فى موضوعات مختلفة .

---

(1) أخرجه البخارى عن عمر بن الخطاب فى كتاب بدء الوحى ، باب كيف كان بدء الوحى إلخ وفى كتاب الإيمان ، باب ٤١ ما جاء إن الأعمال بالنية حـ٢٠/١ بلفظ آخر وفى العتق ، باب الخطأ والنسيان وفى الأيمان والنذور ، باب النية فى الأيمان حـ٢٣١/٧ ، ومسلم فى كتاب الإمارة باب قوله ﷺ : إنما الأعمال بالنية حديث رقم ١٥٥ وأبو داود فى كتاب الطلاق ، باب فيما عنى به الطلاق والنيات رقم ٢٢٠١ والترمذى فى أبواب فضائل الجهاد ، باب ماجاء فيمن يقاتل رياء للدنيا رقم ١٦٤٧ والنسائى فى الطهارة ، باب النية فى الوضوء حـ٤٨/١ وفى الطلاق باب الكلام إذا قصد به فيما يحتمل معناه حـ١٥٨/٦ ، وابن ماجه فى الزهد باب النية رقم ٤٢٢٧ وأحمد بن حنبل جـ٢٨/١ و٢٣ والربيع بن حبيب فى مسنده الجامع الصحيح جـ٦/١

وكتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم هـذا منقول فى ترتيبه ، ومعظم محتوياته عن كتاب السيوطى ، بعد أن نقح على مايوافق المذهب الحنفى ، وبعد أن زيد فيه قاعدة ( لاثواب إلا بالنية ) .

وبهذا النقل أدخل ابن نجيم فى فقه الأحناف بعض مسائل الاستدلال الذى هو من أدلة الشافعى .

ولهذا الكتاب شرح لأحمد بن محمد الحموى من فقهاء القرن الحادى عشر للهجرة بعنوان ( غمز عيون البصائر ) .

وبعد ذلك جاء الفقيه التركى محمد أبو سعيد الخادمى فألف كتاب :

( الدرر شرح الغرر ) ؛ وألف متنا فى علم أصول الفقه سماه ( مجامع الحقائق ) وختمه بخاتمة جمع فيها مجموعة كبيرة من القواعد الفقهية الكلية. ورتبها على حروف المعجم ، بحسب الحرف الأول من أول كلمة فى كل منها، فبلغت أربعا وخمسين ومائة قاعدة . وقد أخذها الخادمى من ابن نجيم وأضاف إليه

ثم جاءت مجلة الأحكام العدلية[1] وأجملت فى صدرها مجموعة كبيرة

---

(١) رأت الدولة العثمانية أن تجمع القانون المدنى ، فعينت لجنة أسمتها جمعية المجلة (مجلة جمعيتى) مكونة من سبعة أعضاء من العلماء برئاسة أحمد جودت باشا ، ناظر ديوان الأحكام العدلية ، وكان أعضاؤها فى البدء السادة : أحمد جودت خلوصى ، وأحمد حلمى من أعضاء ديوان الأحكام العدلية ، ومحمد أمين الجندى ، وسيف الدين من أعضاء مجلس شورى الدولة والسيد خليل مفتش الأوقاف والشيخ محمد علاء الدين بن عابدين بن محمد أمين بن عابدين وتغير تشكيل اللجنة أثناء عملها فيما بعد .

وكانت غاية اللجنة . تأليف كتاب فى المعاملات الفقهية ، يكون =

من القواعد الفقهية ، مختارة من أهم ما جمعه ابن نجيم والخادمى ، مضافا إليها بعض قواعد أخرى ، فبلغت تسعا وتسعين قاعدة فى ٩٩ مادة .

هذا وتحتوى المجلة — مجلة الأحكام العدلية — على ألف وثمانمائة وإحدى وخمسين مادة : [١٨٥١] وتنقسم إلى مقدمة وستة عشر كتابا .

فالمقدمة مؤلفة من مائة مادة ، الأولى فى التعريف بعلم الفقه ، والباقية فى القواعد الكلية العامة كما سبق .

---

= مضبوطا سهل المأخذ عاريا عن الاختلافات ، حاويا للأقوال المختارة ، سهل المطالعة على كل أحد :

وسبب التدوين — كما أوضحته اللجنة فى تقريرها الذى رفعته إلى الصدر الأعظم عالى باشا بتاريخ المحرم سنة ١٢٨٦هـ — ١٨٦٩م — هو : (أن علم الفقه بحر لا ساحل له ، واستنباط درر المسائل اللازمة منـــه لحل المشكلات يتوقف على مهارة علمية وملكة كلية ، وعلى الخصوص مذهب الحنفية ، لأنه قام فيه مجتهدون كثيرون متفاوتون فى الطبقة ، ووقع فيه اختلافات كثيرة ، ومع ذلك ، فلم يحصل فيه تنقيح ، كما حصل فى فقه الشافعية ، بل لم تزل مسائله أشتاتا متشعبة ، فتمييز القوى الصحيح من بين تلك المسائل والأقوال المختلفة وتطبيق الحوادث عليهـا ، عسير جدا ، وعدا ذلك فإنه تتبدل المسائل التى يلزم بناؤها على العرف والعادة ) .

وقد باشرت اللجنة عملها سنة ١٢٨٥هـ = ١٨٦٩م ، وعرضت المقدمة ، والكتاب الأول من المجلة على شيخ الإسلام وغيره من المقامات ، وأدخل عليها ما لزم من التهذيب والتعديل ، وبعد ذلك تقاسم أعضاء اللجنة العمل ، إلا رئيسها فإنه قد اشترك فى أبوابها كلها وقد تم ترتيبها سنة ١٢٩٣هـ — ١٨٧٦ م .

والجملة بوجه عام من كتب ظاهر الرواية[1] في المذهب الحنفي:

وكتبها هي : كتاب البيوع ، والإجارات ، الكفالة ، الحوالة، والرهن، الأمانات ، الهبة ، الغصب ، الإتلاف ، الحجر ، الإكراه ، الشفعة ، الشركات ، الوكالة ، الصلح والإبراء ، والإقرار ، الدعوى ، البينات والتحليف ، القضاء .

وبعد ذلك ألف الشيخ محمود حمزة مفتي دمشق في عهد السلطان كتابا أسماه : [ الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية ] . وقد رتب أبوابه على حسب أبواب الفقه ، فكان آخر وأوسع ما جمع باسم القواعد ، والأصول الفقهية ، وقد طبع بدمشق سنة ١٩٢٨م .

ومن أشهر كتب القواعد الفقهية غير المذهب الحنفي :

• قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، للامام العز بن عبد السلام الشافعي ت ٦٦٠هـ .

---

(١) كتب ظاهر الرواية أو مسائل الأصول ، وهي التي نقلها عن الإمام محمد بن الحسن الشيباني ١٣٢ — ١٨٩هـ ،وهي : المبسوط أو الأصل — والجامع الكبير ، وقد قامت بطبعه لجنة إحياء المعارف النعمانية ، بحيدر آباد ، الهند — وكتاب السير الصغير، والزيادات ، وكتاب السير الكبير — والجامع الصغير .

وقد اختصرت الستة بعد حذف المكرر منها في كتاب : الكافي لأبي الفضل المروزي المعروف بالحاكم الشهيد ت ٣٤٤هـ ولا يزال مخطوطا بدار الكتب المصرية .

ثم شرح الكافي في كتاب المبسوط بثلاثين جزءا ، لشمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي ، المتوفى في أواخر القرن الخامس للهجرة .

ويعتبر كتابه هذا أشبه بمدخل فقهى عام، لأنه بناه على فصول فقهية موضوعية، حيث يضع فيها الموضوع الفقهى عنوانا فى رأس الفصل، ثم يقسم الأحكام المتعلقة به، ويفصلها تفصيلا فيه كثير من بيان حكمة التشريع.

• كتاب الفروق : للفقيه المالكى شهاب الدين أحمد بن إدريس الشهير بالقرافى ت ٦٨٤هـ [1]. تلميذ العز بن عبد السلام الشافعى.

• كتاب [ القواعد ]. للفقيه الحنبلى عبد الرحمن بن رجب، المتوفى سنة ٧٩٥هـ وقد بنى مباحثه على مائة وستين قاعدة، وختمه بإحدى وعشرين فائدة.

وهو كذلك يضع تحت عنوان ( قاعدة ) موضوعا فقهيا، ثم يتناوله بإيضاح مسهب.

---

(١) أوضح المؤلف فى مقدمته أنه قد وضعه لبيان « الفروق بين القواعد»، وأنه قد جمع فيه ٥٤٨ قاعدة وأوضح كلا منها بما يناسبها من الفروع. وقد جاء الكتاب مطبوعا فى أربعة أجزاء.

ويلاحظ أنه لم يجمع القواعد بالمعنى الذى نقصده هنا، وإنما يريد من القواعد معنى الأحكام الأساسية فى الموضوعات الفقهية الكبرى، حيث يعرض الأحكام الأساسية فى كل موضوعين متشابهين ويوضح الفروق بينهما، فهو يقول مثلا : الفرق بين قاعدتى الإنشاء والخبر، والفرق بين قاعدة ماتؤثر فيه الجهالة والغرر، وقاعدة مالاتؤثر فيه من التصرفات. والفرق بين قاعدتى : تمليك المنفعة وتحليل الانتفاع، والفرق بين قاعدتى، العرف القولى، والعرف الفعلى، وهكذا.

وعلى هذا فإنه يريد بالقاعدة معنى الأحكام الأساسية فى موضوع معين، لا المعنى الاصطلاحى الذى بيناه لها.

وهو كتاب عظيم القيمة يحمل ثروة فقهية عظيمة، وقد وصفه صاحب كشف الظنون بأنه : من العجائب .

أما قواعد المجلة ، فكلها قواعد ذات صياغة تشريعية فنيـة بالمعنى السالف بيانه ، بيد أنه قد جاء فى بعض منها شىء من الترادف ،أو التداخل مع غيره ، ومن ثم وجب تصنيفها إلى صنفين :

(ا) القواعد الأساسية التى كل منها أصل مستقل ليس متفرعا من قاعدة أهم منه .

(ب) القواعد المتفرعة من تلك القواعد الأساسية .

• كتاب القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بهـا من الأحكام الفرعية ، للعلامة أبى الحسن علاء الدين[1] (ابن اللحام) ٨٥– ٨٠٣هـ .

---

(١) على بن محمد بن على بن عباس بن شيبان، العلاء ،البعلى ، ثم الدمشقى الحنبلى ، ويعرف بابن اللحام ، وهى حرفة أبيه .

ولد بعد الخمسين وسبعمائة ببعلبك ونشأ بها فى كفالة خاله ، لكون أبيه مات وهو رضيع وتفقه على الشمس بن اليونانية ، ثم انتقل إلى دمشق وتلمذ لابن رجب وغيره وقدم القاهرة وعين للقضاء بعد موت الموفق بن نصر الله فامتنع .

ومات بعد ذلك بقليل سنة ثلاث وثمانمائة ، وقد جاوز الخمسين .

(الضوء اللامع فى أعيان القرن التاسع للسخاوى حـ٥/٣٢٠)

## المبحث الثالث

### القواعد الكلية

التى ترجع إليها جميع مسائل الفقه الإسلامى

١ ـ الأمور بمقاصدها .

٢ ـ اليقين لا يزول بالشك .

٣ ـ المشقة تجلب التيسير .

٤ ـ الضرر يزال.

٥ ـ العادة محكمة .

وهذا ماسنتناوله بعونه تبارك وتعالى:



## ١ ـ الأمور بمقاصدها

ـ المراد بهذه القاعدة .

- الدليل عليها .
- معنى القصد : الإرادة المتوجهة نحو الفعل .
- مراتب القصد : الهاجس ، والخاطر ، وحديث النفس ، والهم ، والعزم .
- الحكم الذى يترتب على أمر يكون على مقتضى المقصود من ذلك الأمر .
- الألفاظ المعبر بها عن القصد : قد تكون صريحة ، أو غير صريحة :

ـ فالألفاظ الصريحة لا تحتاج إلى النية .

ـ وأما الألفاظ غير الصريحة فإن حكمها يختلف باختلاف قصد المتلفظ .

- العبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى ، لا الألفاظ والمبانى ، ومن أمثلة ذلك :

ـ عقد الزواج بلفظ البيع أو الهبة أو التمليك .

ـ بيع الوفاء .

ـ والهبة .

ـ والكفالة .

ـ بيع العصير من يتخذه خمرا ، إن قصد به التجارة فلا يحرم .

- إذا تعلق بالظاهر حق الغير ، فإنه يعمل به .

## ١ — الأمور بمقاصدها

**المراد بهذه القاعدة :**

الأمور : جمع أمر ، وهو لفظ عام للأفعال والأقوال كلها ، قال الله تعالى ( وإليه يرجع الأمر كله )[١] وقال عز شأنه ( قل إن الأمر كله لله )[٢] وقال الله جل ثناؤه ( وما أمر فرعون برشيد )[٣] .

والكلام على تقدير مقتضى ، أى : أحكام الأمور بمقاصدها ، لأن علم الفقه إنما يبحث عن أحكام الأشياء ، لا عن ذواتها ، ومن أجل هذا فسرت مجلة الأحكام العدلية القاعدة بقولها :(يعنى أن الحكم الذى يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود عن ذلك الأمر ) .

وعلى هذا فإن المراد بهذه القاعدة : أن أعمال الشخص ، وتصرفاته — من قولية أو فعلية — تختلف نتائجها ، وأحكامها الشرعية التى تترتب عليها باختلاف مقصود الشخص من تلك الأعمال .

**الدليل عليها :**

والأصل فى هذه القاعدة قوله ﷺ ( إنما الأعمال بالنيات )[٤].
وعند البيهقى فى سننه من حديث أنس ( لا عمل لمن لا نية له )[٥] .

---

(١) سورة هود/١٢٣ (٢) سورة آل عمران/١٥٤
(٣) سورة هود/٩٧ (٤) سبق تخريجه
(٥) البيهقى فى السنن الكبرى أخرج البخارى فى صحيحه ١ / ٩ كتاب بدء الوحى باب كيف .

وفى الصحيح من حديث سعد بن أبى وقاص : ( إنك لن تنفق نفقة تبتغى بها وجه الله إلا أجرت فيها حتى ما تجعل فى امرأتك )[١] وعند ابن ماجه من حديث أبى هريرة ، وجابر بن عبـــد الله ( يبعث الناس على نياتهم )[٢] .

وعند النسائى من حديث أبى ذر ( من أتى فراشه ، وهو ينوى أن يقوم يصلى من الليل فغلبته عينه حتى يصبح كتب له ما نوى )[٣].

مراتب القصد :

وعلى ضوء ما سبق يمكن أن نقول إن معنى القصد الإرادة المتوجهة نحو الفعل ، ومراتب القصد فى المعاصى الدينية — عاذنا الله تعالى منها — خمس : الهاجس ، والخاطر ، وحديث النفس ، والهم ، والعزم .

( أ ) فالهاجس : هو أول ما يلقى من القصد فى النفس ، ولا يدوم تردده عليه ولا يؤاخذ به لأنه ليس من فعل العبد ، ولا يستطيع دفعه .

(ب) الخاطر وهو ما يجول فى النفس — القلب — ودوام تردده عليه ، وهو مرفوع أيضاً .

---

(١) أخرجه البخارى فى صحيحه ٥/٣٦٣، كتاب الوصايا باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتركهم يتكففون الناس عن سعد بن أبى وقاص

(٢) البخارى فى صحيحه ٤ / ٢٣٨ كتاب البيوع باب ما ذكر فى الأسواق عن عائشة رضى الله عنها

(٣) النسائى فى قيام الليل ، باب من أتى فراشه ، وهو ينوى القيام فنام ج ٣/٢٥٧ وهو حديث صحيح

(ج) حديث النفس وهو تردده هل يفعل أولا ؟ وهو مرفوع أيضاً .

( د ) الهم وهو ترجيح الفعل أو الترك — قصد الفعل — وهذا يقترن فيه الحسنة والسيئة فيؤاخذ به فى الحسنات دون السيئات .

( ه ) العزم على الفعل جازما ، بحيث يصمم القلب فيه على الفعل ، ويؤاخذ به فى الحسنات والسيئات[١] .

والهاجس والخاطر لا يدخلان تحت الاختيار ، ولذلك لا يؤاخذ المرء بهما ، كما أنه لا يؤاخذ بحديث النفس ، لقول النبى ﷺ ( عفى عن أمتى ما حدثت به نفوسها )[٢] .

وقال ﷺ ( إن الله تجاوز لأمتى عما وسوست أو حدثت به أنفسها مالم تعمل أو تتكلم )[٣] .

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٢٥ وحاشية العدوى بهامش الخرشى ط/١٣

وقد نظم بعضهم هذه المراتب فى قوله :

مراتب القصد خمس : هاجس ذكروا
فخاطر فحديث النفس فاستمعا
يليه هم وعزم كلها رفعت
سوى الأخير ففيه الإثم قد وقعا
هاجس خاطر حديث النفس
ثم هم لا إثم إلا بعزم

(٢) إحياء علوم الدين ج٣/٣٦

(٣) البخارى فى الطلاق ، باب الطلاق فى الإغلاق إلخ ومسلم فى

وقال ﷺ ( من هم بحسنة كتبت له حسنة، فإن عملها كتبت له عشر حسنات ومن هم بسيئة فلا تكتب عليه . . )(١) .

وأما فى المعاملات ، فإن القصد المجرد باطنى . لا عبرة فيه ؛ لأنه مجهول ؛ ولأن صاحبه يمكنه الرجوع عنه ، فهو لا يؤاخذ به فى جميع مراتبه ما دام باطنيا .

وعلى هذا فإنه لا يكون لهذا القصد أهمية إلا إذا خرج إلى حيز التنفيذ والعمل .

والفعل بدوره يرجع إلى حكمه المقصود منه ، كما قال ﷺ ( إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى )(٢) .

وعلى هذا فإن الحكم الذى يترتب على أمر يكون على مقتضى المقصود من ذلك الامر ، وذلك مثل :

● إذا أخذ أحد اللقطة بنية ردها هل له ذلك ؛ وإذا أخذها بقصد الاحتفاظ بها لنفسه عد غاصبا — المادة ٧٦٩ من مجلة الأحكام العدلية. ففعل الأخذ واحد فى الحالتين ، ولكن حكمه مختلف لاختلاف القصد .

---

= الإيمان ، باب تجاوز الله عن حديث النفس والخواطر بالقلب إذا لم تستقر . وأبو داود فى الطلاق باب فى الوسوسة بالطلاق وابن ماجه فيمن يحدث نفسه بطلاق امرأته والنسائى فى الطلاق ، باب من طلق فى نفسه . وأحمد فى المسند جـ٥/٣٩٨ و٤٧٤

(١) البخارى فى كتاب الرقاق ، باب من هم بحسنة أو بسيئة ، وفى كتاب التوحيد باب قول الله تعالى «يريدون أن يبدلوا كلام الله» — ومسلم فى الإيمان ، باب إذا هم العبد بحسنة كتبت ، وإذا هم بسيئة لم تكتب وأحمد فى المسند جـ١/٢٢٧ و٢٧٩ طبعة الميمنية.

(٢) سبق تخريجه

• ومن قتل غيره بلا مسوغ مشروع، إذا كان عامداً، فلفعله هذا حكم ؛ وإذا كان مخطئاً، فله حكم آخر .

• ومن قال لآخر : خذ هذه الدراهم ؛ فإن نوى التبرع كان هبة، وإلا كان قرضاً واجب الإعادة .

الألفاظ المعبر بها عن القصد :

الألفاظ المعبر بها عن القصد قد تكون صريحة أو غير صريحة :

١ — (١) • فالألفاظ الصريحة لا تحتاج إلى نية ، ويترتب عليها آثارها ، ولو ادعى من صدرت عنه أنه لم يقصد التلفظ بها ، أو أنه لم يرد منها ترتيب آثارها عليها ؛ فمن قال لغيره: بعت لك هذه السلعة بمبلغ كذا. فقال الآخر : قبلت ، انعقد البيع ، ولم يقبل ادعاء البائع أنه أراد بيع منافع السلعة ، أى إجارتها .

وكذا كل تعبير عن عقد ، أو تصرف ، وضع له فى اللغة ، أو اشتهر استعماله للدلالة عليه .

على أن ما كان من الألفاظ صريحا ، ولكنه كان يحتمل الدلالة ، على غير المعنى المشتهر استعماله فيه لغة ؛ فإن نية المعنى الآخر به تؤثر فى عدم ترتيب آثاره عليه ديانة ، ولا تأثير لها قضاء .

— وعلى هذا فمن قال لزوجته : « أنت طالق » ، ونوى به أنها طالق من كل قيد ، يريد بذلك إطلاق حرية التصرف لها ، لا يقع طلاقه ديانة ، أى فيما بينه وبين الله تعالى . ويقع قضاء ، بمعنى أنه لو عرض على القاضى يحكم بوقوعه ، ولا يلتفت إلى نية الزوج ،

— وكذا لو أراد النطق بلفظ آخر غير لفظ الطلاق ، فسبقه لسانه إلى النطق بلفظ الطلاق دون قصد لا يقع طلاقا ديانة ، ويقع قضاء .

— ولو تلفظ بالطلاق هازلا وقع طلاقه ديانة وقضاء ، لأن الشارع قرر أن هزل الطلاق كجده ، لأنه لا يحتمل الهزل ، لخطره ، وعظم شأنه ، وكذا الزواج والرجعة ، واليمين ، والردة ، فلو قال : إنه يهودي أو نصراني هازلا صار مرتدا .

• والأفعال التي لا تحتمل إلا قصدا واحداً ، كالألفاظ الصريحة ، لا يلتفت فيها إلى نية الفاعل ، كالقذف ، والسرقة ، والقتل .

وعلى هذا فمن طعن شخصا بخنجر لا يستعمل عادة في القتل ، فقتله اعتبر قاتلا ، ولو زعم أنه كان يقصد مداعبته ، أو إرهابه ، أو نحو ذلك .

(ب) وأما الألفاظ غير الصريحة ، والأفعال التي تمارس لأغراض متعددة ، فإن حكمها يختلف باختلاف قصد المتلفظ ، أو الفاعل ، ومن ذلك :

• استعمال الفعل غير المقرون بما يمحضه للاستقبال كالسين وسوف في العقود ، إذا أراد بها قائلها الحال ، انعقد العقد بعبارته ، وإذا نوى بها المستقبل كانت عبارته مجرد وعد .

• وذلك مثل قول البائع : أبيع وأشترى .

• ومن هذا القبيل أيضا كنايات الطلاق .

• ومثل ذلك أيضا لو نصب فخا فوقع فيه صيد ، إن كان قد نصبه ليصيد به صار الصيد ملكا له ، وعد أخذه بغير إذنه غاصبا ، وإن كان قد نصبه لتجفيفه بعد غسله لم يعد مالكا للصيد ، فمن أخذه يكون حائزا لمباح .

• ولو وجد لقطة فأخذها ، إن كان أخذه لها بقصد تملكها كان غاصبا ، فلو تلفت فى يده كان ضامنا لها ، وإن كان قد أخذها ليسلمها إلى صاحبها ، أو ليسلمها الشرطة لتقوم بتسليمها لصاحبها كان أمينا حتى إنها لو تلفت فى يده والحالة هذه قبل تسليمها من غير تعد منه ، ولا تقصير لم يكن ضامنا[1] .

• وإذا تلفظ شخص بصيغة عقد ، وأراد منها عقدا آخر اعتبرت نيته إن كان اللفظ يحتملها ، وقامت القرائن الدالة على إرادته ، ومن ذلك :

عقد الزواج بلفظ البيع ، أو الهبة ، أو التمليك ، إذا فهم الشهود أن المراد منها الزواج ، وكذا عقد الإجارة بلفظ بيع المنفعة .

ويعبر الفقهاء عن ذلك أحيانا بأن العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى ، لا الألفاظ والمبانى[2] :

• فبيع الوفاء : وهو أن يبيع المحتاج إلى النقد عقارا على أنه متى وفى الثمن استرد العقار .

ويفترق عن الرهن : فى غايته من حيث إن غاية الرهن توثيقه فقط ، وغاية بيع الوفاء : توثيق الدين ، وانتفاع المشترى الدائن بالعقار .

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلى حيدر جـ ١٨/١ — الترجمة العربية طبعة المطبعة العباسية بحيفا سنة ١٩٢٥

(٢) تستتبع قاعدة الأمور بمقاصدها : أ ، إذا اختلفت النية والظاهر وجب الحكم بمقتضى النية إن أمكن معرفتها ، وعليه إذا اختلف معنى الكلام عن مبناه أو لفظه ، اعتبر المعنى دون اللفظ وقد أخذت المجلة بهذا المبدأ فى تفسير العقود بقولها : والعبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى .

وقد حدث هذا البيع ببخارى فى أواخر القرن الخامس الهجرى ، واستقر أخيرا رأى الفقهاء فيه ، على أنه يشبه ثلاثة عقود : البيع الصحيح والبيع الفاسد ، والرهن ، فأعطى من كل واحد من هذه العقود ما يناسب غايته من الأحكام .

وعلى هذا فإن هذا البيع تجرى فيه أحكام عقود عديدة أبرزها أحكام الرهن ، لأن هذا هو مقصد العاقدين فى بيع الوفاء .

ولو اشترى بالأجل ، ودفع إلى البائع شيئا مملوكا له أمانة ، فهو رهن .

ـ والهبة : إذا اشترط فيها دفع عوض ، وذلك كمن قال لآخر : وهبتك هذا الشىء بكذا ، أو بشرط أن تعطينى كذا ، أخذ العقد أحكام البيع ، لأنه أصبح فى معناه ، رغم استعمال العاقد لفظ الهبة ، فيرد الموهوب بالعيب ، وكذا يسترد الموهوب له العوض المدفوع إذا استحق الموهوب من يده ، وكذا سائر أحكام البيع .

وعلى هذا فمن وهب شيئا فى مقابل عوض فهو بيع وليس بهبة .

ـ والكفالة : إذا اشترط فيها عدم مطالبة الدائن للمدين المكفول ، انقلبت حوالة ، وأخذت أحكامها ، لأنها تصبح فى معناها ، وكذا الحوالة إذا اشترط فيها الدائن الحق فى أن يطالب كلا من المدين المحيل والشخص المحال عليه معا انقلبت كفالة .

وعلى هذا فلو أحال بدينه على شخص آخر مع بقاء ذمته مشغولة بالدين فهو عند الأحناف كفالة إن قبلها المحال عليه ، لأن الحوالة عندهم نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى .

ولو أعاره نقودا ، فهو قرض ، وليس إعارة ، إذ لا يمكن الانتفاع بالنقود إلا باستهلاكها ورد مثلها .

وقد نقل ابن نجيم عن قاضيخان فى الفتاوى أن بيع العصير عن يتخذه خمرا إن قصد به التجارة فلا يحرم ، وإن قصد به لأجل التخمير حرم ، وكذا غرس الكرم على هذا[١] .

لكن الحنفية مع قولهم بحرمة البيع لأجل التخمير ، يقولون بصحة البيع وكذا الشافعية ، أما المالكية والحنابلة فيذهبون إلى الحرمة مع عدم صحة البيع .

ومن هذا يعلم الاتفاق على أن القصد غير المشروع يترتب عليه جزاء أخروى هو الإثم المستوجب للعقوبة فى الآخرة ، وأن الخلاف إنما هو فى ترتيب جزاء دنيوى عليه هو إبطال التصرف[٢] .

● إذا تعلق بالظاهر حق الغير :

وإذا تعلق بالظاهر حق الغير ، فإنه يعمل به ، لدفع الضرر عن الناس .

وعلى هذا إذا اختلف اللفظ عن نية اللافظ ، وتعلق به حق الغير ، حكم بمقتضى اللفظ الظاهر .

ومن أمثلة ذلك : إذا استحلف أحد المتداعين أمام القاضى ، كانت اليمين التى يحلفها على لفظها الظاهر ، أى على نية القاضى المستحلف الذى تعلق حقه فيها ، لا على نية الحالف اللافظ ، وذلك عملا بقول النبى ﷺ : [ اليمين على نية المستحلف ][٣] .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٧ — الحلبى .

(٢) المدخل لدراسة الفقه الإسلامى ، التعريف بالعقد الإسلامى بوجه عام ، دمحمد الحسينى حنفى ص ٢٥٨ وما بعدها .

(٣) مسلم فى الأيمان باب يمين الحالف على نية المستحلف حديث رقم ١٦٥٣ وأبو داود فى الأيمان ، باب يمين الحالف على نية المستحلف =

وفى لفظ ( يمينك على ما يصدقك به صاحبك )[1] .

وعلى هذا فإنه لاتجوز التورية فى اليمين ، ومعناها أن يضمر الحالف تأويلا يختلف عن معنى اللفظ الظاهر .

وقيل تجوز التورية اضطراراً ، إذا كان الحالف مظلوماً[2] .

ولكنه يشترط للعمل بالنية : أن تكون معروفة ، وعلى هذا فإذا حصل خلاف بين النية والظاهر ، وتعسرت معرفة النية ، فإنه يحكم بالظاهر وبهذا جاء قوله ﷺ ( نحن نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر )[3] .

---

= رقم ٣٢٥٥ والترمذى فى الأحكام ، باب ماجاء أن اليمين على مايصدقه صاحبه رقم ١٣٥٤

(١) السابق :

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢١

(٣) الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى ج ٣/ ٩١ ومختصر المنتهى لابن الحاجب ص ٦٦ — ٦٧

قال الحافظ ابن حجر فى : موافقة الخبر الخبر فى تخريج آثار المختصر ك ٤٢ :

هذا الحديث اشتهر بين الأصوليين والفقهاء ولاوجود له فى كتب الحديث المشهورة ولا فى الأجزاء المنثورة .

وقد سئل المزى عنه فلم يعرفه ، وقال الذهبى : لا أصل له ، وقال ابن كثير : يؤخذ معناه من حديث أم سلمة فى الصحيحين .

ثم قال : قلت رأيت فى الأم للشافعى ، بعد أن أخرج حديث أم سلمة رضى الله عنها : فأخبر النبى ﷺ أنه إنما يحكم بالظاهر ، وإن أمر السرائر إلى الله فظن بعض من رأى كلامه ، أن هذا حديث آخر وإنما هو كلام الشافعى رضى الله عنه ، استنبط من الحديث الآخر . =

وجاء فى المجلة أن : دليل الشيء فى الأمور الباطنة يقوم مقامه ، يعنى أنه يحكم فى الظاهر فيما يتعسر الاطلاع على حقيقته (المادة ٦٨).

---

= (موافقة الخبر فى تخريج آثار المختصر للإمام أحمد بن على بن محمد بن حجر العسقلانى ت ٨٥٢هـ نسخة مكتبة لاله لى فى المكتبة السليمانية بإسلام بول ، تركيا والمحفوظة فيها برقم ٤١٣ ، ومنها صورة فى مكتبة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة .

وحديث أم سلمة رضى الله عنها عن النبى ﷺ قال (إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلى ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضى له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذ، فإنما أقطع له قطعة من النار ).

أخرجه البخارى فى كتاب الحيل ، باب ١٠ — حدثنا محمد بن كثير ... إلخ حـ ٦٢/٨ وفى كتاب بالأحكام ، باب موعظة الإمام للخصوم حـ٢/ ١١٣ وفى كتاب الشهادات ، باب ٢٧ — من أقام البينة بعد اليمين حـ١٦٢/٣ ومسلم فى كتاب الأقضية ، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة حديث رقم ٤ حـ١٣٣٧/٣ وأبو داود فى الأقضية ، باب فى قضاء القاضى إذا أخطأ حديث رقم ٣٥٨٣ حـ ١٢/٤

والترمذى فى أبواب الأحكام ، باب ماجاء التشديد على مايقضى له بشيء ليس له أن يأخذه حـ٦١٥/٣ حديث رقم ١٣٣٩

## ٢ - اليقين لا يزول بالشك

- تعريف اليقين لغة واصطلاحا .
- تعريف الشك لغة واصطلاحا .

● بعض المسائل التي لا يعتبر فيها غلبة الظن .

● أنواع الشك .

● ما يندرج تحت هذه القاعدة من قواعد :

١ - الأصل بقاء ما كان على ما كان .. الاستصحاب .

٢ - ماثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد الدليل على خلافه .

٣ - الأصل فى الامور العارضة العدم .

٤ - الأصل براءة الذمة .

٥ - أصل ما انبنى عليه الإقرار إعمال اليقين وطرح الشك .

٦ - من شك هل فعل شيئا أولا ؟ فالأصل أنه لم يفعله .

٧ - الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته .

## ٢ — اليقين لا يزول بالشك

اليقين فى اللغة : العلم الذى لا تردد معه .

وهو فى أصل اللغة : الاستقرار ، يقال : يقن الماء فى الحوض إذا استقر .

ولا يشترط فى تحقق اليقين الاعتراف والتصديق ، بل يتصور مع الجحود كما قال الله جل ثناؤه (وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا)(١) .

وفى الاصطلاح :

هو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع الثابت .

— خرج بالقيد الأول — الجازم — الظن ، وغلبة الظن ، لأنه لا جزم فيهما .

— وخرج بالقيد الثانى : ماليس مطابقا للواقع ، وهو الجهل ؛ وإن كان صاحبه جازما .

— وخرج بالقيد الثالث : اعتقاد المقلد فيما كان صوابا ، لأن اعتقاده لما لم يكن عن دليل كان عرضة للزوال ، فكل ذلك ليس من اليقين فى شىء(٢) .

والمناسب هنا تفسير اليقين بالمعنى الأول اللغوى، لأن الأحكام الفقهية

---

(١) سورة النمل/١٤

(٢) شرح القواعد الفقهية تأليف الشيخ أحمد بن محمد الزرقا — الطبعة الثانية ص ٧٩

إنما تبنى على الظاهر ، فكثيراً مايكون الأمر فى نظر الشارع يقيناً لا يزول بالشك ، فى حين أن العقل يجيز أن يكون الواقع خلافه ؛ وذلك كالأمر الثابت بالبينة الشرعية فإنه فى نظر الشرع يقين كالثابت بالعيان ، مع أن شهادة الشهود لا تخرج عن كونها خبر آحاد ، يجيز العقل فيها كالسهو والكذب . وهذا الاحتمال الضعيف لا يخرج ذلك عن كونه يقيناً ، لأنه لقوة ضعفه قد طرح أمام قوة مقابله ولم يبق له اعتبار فى نظر الناظر .

معنى الشك فى اللغة[1] :

الشك خلاف اليقين ، قال الله تعالى (فإن كنت فى شك مما أنزلنا إليك)[2] أى غير مستيقن ، فهو يعم التردد بين شيئين ، سواء استوى طرفاه ، أو رجح أحدهما على الآخر .

وقال الأزهرى : إن الظن هو الشك ، وقد يجعل بمعنى اليقين ، وإن الشك نقيض اليقين .

وقال ابن فارس : الظن يكون شكا ويقيناً .

ويقال أصل الشك : اضطراب القلب والنفس .

تعريف الشك عند الفقهاء[3] : الشك خلاف اليقين ، ترجح أولم يترجح ، والمشهور أنه استواء الطرفين .

وقيل : الشك : تردد النفس بين متقابلين طالبة للأمارة .

---

(١) السابق — نفسه — ص ٧٩

(٢) سورة يونس /٩٤

(٣) شرح كتاب النيل وشفاء العليل — تأليف الإمام العلامة محمد بن يوسف أطفيش جـ ١٧/٥ — ٦

والشك نقيض اليقين — كما سبق أن قلنا — وجمعه شكوك ، وقد شككت فى كذا وتشككت ، وشك فى الأمر يشك شكا ، وشككه فيه غيره وأنشد ثعلب :

من كان يزعم أن سيكتم حبه
حتى يشكك فيه فهو كذوب

أراد حتى يشكك فيه غيره .

وفى الحديث الشريف : ( أنا أولى بالشك من إبراهيم ) لما نزل قوله تعالى (أو لم تؤمن قال : بلى) : قال قوم لما سمعوا الآية : شك إبراهيم ولم يشك نبينا ، فقال صلى الله عليه وسلم : تواضعاً منه ، وتقديماً لإبراهيم على نفسه :(أنا أحق بالشك من إبراهيم) ، أى أنا لم أشك ، وأنا دونه ، فكيف شك هو .

وهكذا قوله ﷺ : لا تفضلونى على يونس بن متى .

قال محمد بن المكرم : نقلت هذا الكلام على نصه ، وفى قلبى نبوة عن قوله : وأنا دونه ، ولقد كان فى قوله : أنا لم أشك ، فكيف يشك هو؟ كفاية وغنى عن قوله (وأنا دونه) وليس فى ذلك مناسبة ، لقوله : (لا تفضلونى على يونس بن متى )[٣] . فليس هذا مما يدل على أن يونس بن متى أفضل

---

(١) سورة البقرة/٢٦٠

(٢) البخارى فى الأنبياء ، باب قوله عز وجل ( ونبئهم عن ضيف إبراهيم) جـ٦/٢٩٣ ، ٢٩٥ وباب (ولوطاً إذ قال لقومه) .
وفى التفسير ، باب ( وإذ قال إبراهيم رب أرنى كيف تحيي الموتى) .
ومسلم فى الإيمان ، باب زيادة طمأنينة القلب رقم ١٥٢ ، والترمذى فى التفسير رقم ٣١١٥

(٣) البخارى جـ٦/٣٢٤ فى الأنبياء ، باب قول الله تعالى :( وإن =

منه، ولكن يعطى معنى التأدب مع الأنبياء، صلوات الله وسلامه عليهم، أي وإن كنت أفضل منه. فلا تفضلوني عليه تواضعاً منه وشرف أخلاق، صلوات الله وسلامه عليه[1].

والذى نخلص إليه أن الشك حالة نفسية تعترى الإنسان، يستوى فيها الصدق والكذب، ويتردد معها الذهن بين النفى والإثبات، بحيث لا يستطيع القطع بثبوت الشيء أو نفيه، لعدم وجود مرجح لأحدهما.

وعند الفقهاء فإنهم قد أرادوا به ما يشمل الظن استعمالا للخاص الذى هو لفظ الشك، الموضوع لاستواء الطرفين فى العام الذى هو مطلق عدم العلم[2].

وعلى هذا فإن الشك: التردد بين النقيضين بلا ترجيح لأحدهما على الآخر، فإن ترجح أحدهما على الآخر بدليل، ووصل ترجيحه

---

= يونس لمن المرسلين) وباب (هل أتاك حديث موسى) وفى تفسير سورة الأنعام، باب قوله (ويونس ولوطا وكلا فضلنا على العالمين). وفى التوحيد، باب ذكر النبى ﷺ وروايته عن ربه. ومسلم فى الفضائل. باب فى ذكر يونس عليه السلام ٢٣٧٧ وأبو داود فى السنن، باب التخيير بين الأنبياء عليهم الصلاة والسلام.

(١) لسان العرب لابن منظور ج ٤/٢٣٠٩ والمعجم الوسيط — قام بإخراجه د/ إبراهيم أنيس وفضيلة الشيخ عطية الصوالحى والدكتور/ عبد الحليم منتصر، والأستاذ محمد خلف الله محمد أحمد ط/٤٩١ — الطبعة الثانية القاهرة ١٣٩٢ — ١٩٧٢

(٢) شرح كتاب النيل وشفاء العليل ج١٧/٥ — ٦ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٣

إلى درجة الظهور الذى يبنى عليه العاقل أموره ، لكن لم يطرح الاحتمال الآخر ، فهو الظن .

فإن طرح الاحتمال الآخر ، بمعنى أنه لم يبق له اعتبار فى النظر لشدة ضعفه ، فهو غالب الظن ، وهو معتبر شرعا بمنزلة اليقين ، فى بناء الأحكام عليه ، فى أكثر المسائل إذا كان مستندا إلى دليل معتبر . وذلك كما إذا رأى إنسان عينا فى يد آخر يتصرف فيها تصرفا يغلب على ظن من يشاهده أنها ملكه ، وكان مثله يملك مثلها ، ولم يخبر الرائى عدلان بأنها ملك غيره ، فإنه يجوز له أن يشهد لذى اليد بملكها[1] .

وهذه القاعدة من أمهات القواعد التى عليها مدار الأحكام الفقهية ، يقول الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى — المتوفى سنة ٩١١م — (اعلم أن هذه القاعدة تدخل فى جميع أبواب الفقه والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر)[2] .

دليل هذه القاعدة القرآن والسنة والعقل :

أما القرآن ، فقوله جل ثناؤه (وما يتبع أكثرهم إلا ظنا إن الظن لا يغنى من الحق شيئا)[3] .

والحق هنا بمعنى الحقيقة الواقعة كاليقين .

---

(١) الدر المختار ، وحاشية رد المحتار ، آخر كتاب الشهادات جـ٤ /٣٧٥

(٢) الأشباه والنظائر فى قواعد من فروع فقه الشافعية — تأليف الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى جـ١ص٥١

(٣) سورة يونس /٣٦

وأما السنة النبوية الشريفة فما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه (إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً فأشكل عليه ، أخرج منه شيء أم لا ؟ فلا يخرجن من المسجد ، حتى يسمع صوتاً ، أو يجد ريحاً)(١) وأصله في الصحيحين عن عبد الله بن زيد قال: (شكى إلى النبي ﷺ الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة . قال : لا ينصرف حتى يسمع صوتاً ، أو يجد ريحاً)(٢) .

وفي الباب عن أبي سعيد الخدري ، وابن عباس رضي الله عنهما ، وروى مسلم عن أبي سعيد الخدري قال : قال رسول الله ﷺ : إذا شك أحدكم في صلاته ، فلم يدركم صلى أثلاثاً أم أربعاً؟ فليطرح الشك، وليبن على ما استيقن)(٣) .

---

(١) مسلم في الحيض ، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ، ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته تلك حديث رقم ٣٦٢ وأبو داود في الطهارة، باب إذا شك في الحدث رقم ١٧٧ والترمذي في الطهارة باب ماجاء في الوضوء من الريح رقم ٧٤ و ٧٥

(٢) البخاري في الوضوء ،باب لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن ح١/ ٢٠٨ و ٢٠٩ وباب من لم ير الوضوء إلا من المخرجين وفي البيوع باب من لم ير الوساوس ونحوها من الشبهات ومسلم في الحيض، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته رقم ٤٦١ ، وأبو داود في الطهارة ، باب إذا شك في الحدث رقم ١٧٦ ، والنسائي ح ٩٩/١

(٣) مسلم في المساجد ، باب السهو في الصلاة والسجود له رقم ٥٧١ وأبو داود رقم ١٠٢٤ و ١٠٢٦ و ١٠٢٧ و ١٠٢٩ في الصلاة، باب إذا صلى خمسا. والترمذي في الصلاة ، باب ما جاء في الرجل يصلي فيشك رقم ٣٩٦ ومالك في الموطأ ح١/ ٦٠ والنسائي في السهو ح٢/ ٢٧ باب إتمام المصلي على ما ذكر، إذا شك .

وروى الترمذى عن بن عبد الرحمن بن عوف قال: (سمعت رسول الله ﷺ يقول: إذا سها أحدكم فى صلاته، فلم يدر واحدة صلى أم اثنتين؟ فليبن على واحدة، فإن لم يتقن صلى اثنتين أم ثلاثا؟ فليبن على اثنتين، فإن لم يدر أثلاثا صلى أم أربعا؟ فليبن على ثلاث. وليسجد سجدتين قبل أن يسلم[1]).

وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: (إذا شك أحدكم فى صلاته، فلم يدر كم صلى: ثلاثا، أو أربعا؟ فليطرح الشك، وليبن على ما استيقن، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم، فإن صلى خمسا، شفعن له صلاته، وإن كان صلى إتماما لأربع كانتا ترغيما الشيطان[2]).

ففى هـــذه الأحاديث النبوية الشريفة ما يدل دلالة واضحة على أن المتوضىء إذا شك فى انتقاض وضوئه، فهو على وضوئه السابق المتيقن وتصح به صلاته، حتى يتحقق وجود ما ينقضه، ولا عبرة لذلك الشك.

وكذلك الحال بالنسبة للصلاة، فمن تيقن الفعل وشك فى القليل،

---

(١) الترمذى فى الصلاة، باب ماجاء فى الرجل يصلى فيشك فى الزيادة والنقصان حديث رقم ٣٩٨ وهو حديث حسن.

(٢) مسلم فى المساجد، باب السهو فى الصلاة والسجود له حديث رقم ٥٧١ وأبو داود فى الصلاة، باب إذا صلى خمسا حديث رقم ١٠٢٤ و١٠٢٦ و ١٠٢٧ و ١٠٢٩ والترمذى فى الصلاة، باب ماجاء فى الرجل يصلى فيشك فى الزيادة والنقصان، حديث رقم ٣٩٦ ومالك فى الموطأ جـ١ / ٩٥ فى الصلاة، باب إتمام المصلى ماذكر على إذا شك فى صلاته. والنسائى فى السهو، باب إتمام المصلى على ماذكر إذا شك جـ٣/٢٧.

أو الكثير حمل على القليل ، لأنه المتيقن ، اللهم إلا أن تشغل الذمة بالأصل ، فلا تبرأ إلا بيقين[1] .

وأما العقل : فإن اليقين أقوى من الشك ، لأن فى اليقين حكما قطعياً جازما فلا ينهدم بالشك .

والذى نخلص إليه أنه إذا ثبت أمر من الأمور ، أو حالة من الحالات ثبوتا يقينيا — قطعيا ، ثم وقع الشك فى وجود مايزيله . فإن الأمر المتيقن يبقى هو المعتبر ، إلى أن يتحقق السبب المزيل .

وأن الشك تردد الأمر بين الثبوت والنفى ، مع عدم وجود مايرجح أحدهما على الآخر ، فإن أمكن ترجيح أحدهما مع اطمئنان القلب فالراجح ، كان الراجح ظنا ، والمرجوح وهما . وإذا اطمأن القلب إلى ترجيح أحدهما ، فالراجح فى هذه الحالة يعد ظنا غالبا ، وهو فى حكم اليقين .

وأما اليقين فهو حصول بثبوت الشىء ، أو بعدم ثبوته ، والظن الغالب يأخذ حكمه .

وثمة بعض المسائل التى لا يعتبر فيهما غلبة الظن ، ولا بد فيهما من اليقين :

• منها مالو عقد الرجل على أختين ، بعقدين متعاقبين ، ونسى الأول ، فإنه يفرق بينه وبين الثنتين ، ولا يجوز ترجيح أولية عقد إحداهما

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٧ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٩ .

على عقد الأخرى بغلبة الظن ، بل لابد من العلم ، لأن التحرى لا يجرى في مسائل الفروج[1] .

● ومنها ما لو طلق واحدة معينة من نسائه ، ثم نسيها فإنه لا يجوز له أن يطأ واحدة منهن إلا بعد العلم بالمطلقة ، ولا يكفى التحرى ، وتغليب الظن ، ولا يسع الحاكم أن يخلى بينه وبين نسائه حتى يتبين ، لأن التحرى إنما يجوز فيما يباح عند الضرورة ، والفروج لاتحل للضرورة[2] .

ومنها الحبل ، فإنهم لم يعتبروا ظهور علاماته دليلا جازما على وجود الحمل ، ولم يبنوا عليه الأحكام الجازمة وإن كان يغلب على ظن كل من رأى المرأة أنها حامل ، فلو أوصى إنسان للحمل بشيء ، أو وقف لاتصح الوصية ، أو الوقف ، لكى يتيقن بوجوده وقتها[3] .

ومثل الولادة لأقل من ستة أشهر فيما يظهر ، مالو مات أبوه قبل الوصية له ، والوقف كالمرادة ، أوالمبرؤ عنها ، فلا تشغل ذمة عمرو بمجرد الشك ، بعد التيقن بفراغها .

ولأن الموجب والمسقط إذا اجتمعا يعتبر المسقط متأخرا[4] ؛ إذ السقوط بعد الوجوب[5] .

● ومن ذلك : لو أقر أنه لاحق له فيما بيد فلان ، ثم برهن على شيء

---

(١) رد المحتار على الدر المختار — حاشية ابن عابدين — كتاب النكاح — محرمات النكاح جـ٢/٢٧٦ ومابعدها .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٧ .

(٣) السابق — الأشباه والنظائر لابن نجيم — ص٦٧ .

(٤و٥) تنقيح الفتاوى الحامدية كتاب الدعوى والفتاوى العمادية ص ٢٧ ومجلة الأحكام العدلية القاعدة ٤٦ من المجلة .

في يد فلان أنه غصبه منه لم يقبل حتى يشهد بغصبه بعد إقراره[1] ، لأن الإبراء يعمل فيما قبله ، لا فيما بعده ، ولا يعمل فيما بعده إلا في مسألة وهي: ما لو شرط البائع في البيع البراءة من كل عيب في المبيع ، دخل العيب القديم ، والحادث بعد البيع قبل القبض[2] .

• ومن ذلك : ما لو اشترى أحد شيئاً ، ثم ادعى أنه به عيب وأراد رده ، واختلف التجار أهل الخبرة ، فقال بعضهم : هو عيب . وقال بعضهم : ليس بعيب . فليس للمشتري الرد ؛ لأن السلامة هي الأصل المتيقن ، فلا يثبت العيب بالشك[3] .

وكذا لو وجد العيب عند البائع ، ثم عند المشتري ، ولكن اشتبه فلم يدر أنه عين الأول أو غيره ، فإنه لا يرد[4] .

• ومن ذلك : ما لو رد الغاصب العين المغصوبة على من في عيال المالك ؛ فإنه لا يبرأ . لأن الرد على من في عياله رد من وجه دون وجه ، والضمان كان واجباً بيقين فلا يبرأ بشك[5] .

---

(١) جامع الفصولين — الفصل الرابع والثلاثين من بحث أحكام الصبيان صفحة ٢٠٦ .

(٢) الدر — كتاب البيوع ، خيار العيب نقلا عن شرح القواعد الفقهية ص ٨٣ .

(٣) رد المحتار — أوائل خيار العيب ، جـ٤/٧١ نقلا عن شرح القواعد الفقهية ص٨٣ .

(٤) جامع الفصولين — الفصل الخامس والعشرين صفحة ٢٤٦/ .

(٥) جامع الفصولين — الفصل الثالث والثلاثين — بحث ما يصدق فيه المودع ص ١٥٠ .

٥ — ومن ذلك : لو طلق الرجل زوجته ، وكانت ذات لبن ، وتزوجت بآخر بعد عدتها ، فحملت منه ، وأرضعت طفلا فى مدة الحمل ، فإن لبنها لم يزل معتبرا من الزوج الأول ، فتثبت به حرمة الرضاع بالنسبة له لأنه كان متيقنا أن اللبن منه ، فلا نحكم بأنه من الثانى بمجرد الشك الحاصل بسبب حملها من الزوج الثانى ، فإذا ولدت يحكم حينئذ بأن اللبن الذى بعد الولادة من الثانى [1] .

ويستثنى من القاعدة المذكورة :

ما لو ادعى المشترى عيبا فى المبيع موجبا لرده على البائع ، بعد قبضه المبيع ، فإنه لا يجبر على دفع الثمن للبائع حتى تنتهى الخصومة فى العيب ، فإن ثبت قدم العيب عند البائع يفسخ القاضى البيع ، فإن عجز المشترى عن الإثبات يجبر على دفع الثمن حينئذ ، فقد زال اليقين ها هنا ، وهو وجوب دفع الثمن المتيقن به للحال بمجرد الشك ، وهو قدم العيب المحتمل الثبوت وعدمه :

## أنواع الشك :

قال الشيخ أبو حامد الإسفراييني [1] : الشك على ثلاثة أضرب : شك

---

(١) الدر وحاشية رد المحتار كتاب الرضاع . وشرح القواعد الفقهية ص ٨٣ .

(١) هو أحمد بن محمد بن أحمد الإسفراييني من أعلام الشافعية ت ٤٠١ هـ ببغداد .

من مؤلفاته : الرونق فى الفقه والأصول .

طرأ أصل حرام ، وشك طرأ على أصل مباح ، وشك لا يعرف أصله . وفيما يلي بيان ذلك:

فالأول — الشك الذى طرأ على أصل حرام — مثل أن يجد شاة فى بلد فيها مسلمون ومجوس ؛ فلا تحل ، حتى يعلم أنها ذكاة مسلم ؛ لأن أصلها حرام وشككنا فى الذكاة المبيحة ؛ فلو كان الغالب فيها المسلمون، جاز الأكل عملا بالغالب المفيد للظهور .

والثانى : — الشك الذى طرأ على أصل مباح — مثل أن يجد ماء متغيرا ، واحتمل تغيره بنجاسة ، أو بطول المكث ، فإنه يجوز التطهر به ، عملا بالغالب وعملا بأصل الطهارة .

والثالث : — الشك الذى لا يعرف أصله — مثل معاملة من أكثر ماله حرام ، ولم يتحقق أن المأخوذ من ماله عين الحرام ، فلا تحرم مبايعته ، لإمكان الحلال ، وعدم تحقيق التحريم . ولكن يكره خوفا من الوقوع فى الحرام[1] .

وقال النووى رحمه الله تعالى : اعلم أن مراد أصحابنا — الشافعية — بالشك فى الماء والحدث والنجاسة والصلاة والعتق والطلاق وغيرها هو:

التردد بين وجود الشىء ، وعدمه ، سواء كان الطرفان فى التردد سواء أو أحدهما راجحا ؛ فهذا معناه فى استعمال الفقهاء ، وكتب الفقه .

وأما أصحاب الأصول ؛ فإنهم يفرقون بين ذلك وقالوا: التردد إن كان على السواء فهو شك، وإن كان أحدهما راجحا ؛ فالراجح ظن والمرجوح وهم .

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٧٤—٧٥

وقد فرق الرافعي بينهما في الحدث ، فقال : إنه يرفع بظن الطهر ، لا بالشك فيه .

وقيل : إنه غلط معدود من أفراده .

وإنما قلنا : ينقض الوضوء بالنوم مضطجعا ، لأن الظاهر خروج الحدث ، فصدق أن يقال: رفعنا يقين الطهارة بظن الحدث ، بخلاف عكسه .

قال الزركشي: وما زعمه النووي من أنه في سائر الأبواب لا فرق فيه بين المساوي والراجح ، يرد عليه أنهم فرقوا في مواضع كثيرة منها :

• في الإيلاء : لو قيد بمستبعد الحصول في الأربعة الأشهر ، كنزول عيسى عليه السلام فمؤول وإن ظن حصوله قبلها فلا ، وإن شك فوجهان .

• ولو شك في المذبوح ، هل فيه حياة مستقرة ، حرم للشك في المبيح . وإن غلب على ظنه بقاؤها حل .

• وفي الأكل من مال الغير ، إذا غلب على ظنه الرضى جاز ، وإن شك فلا .

• وجوب ركوب البحر في الحج إذا غلبت السلامة وإن شك فلا .

• والمرض إذا غلب على ظنه كونه مخوفا ، نفذ التصرف من الثلث ، وإن شككنا في كونه مخوفا لم ينفذ إلا بقول أهل الخبرة .

• قولهم : لا يقع الطلاق بالشك ، مسلم ، لكنه يقع بالظن الغالب[1]

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٧٥

لا يزال حكم اليقين بالشك إلا فى مسائل :

قال ابن القاص[1] الشافعى — فى التلخيص — : لا يزال حكم اليقين بالشك ، إلا فى إحدى عشرة مسألة :

أحدها : شك ماسح الخف ، هل انقضت المدة أم لا ؟

الثانية : شك هل مسح فى الحضر ، أو فى السفر ، يحكم فى المسألتين بانقضاء المدة .

الثالثة : إذا أحرم المسافر بنية القصر خلف من لا يدرى : أمسافر هو ، أم مقيم ؟ لم يجز له القصر .

الرابعة : بال حيوان فى ماء كثير ، ثم وجده متغيرا ، ولم يدر، أتغير بالبول أم بغيره ؟ فهو نجس .

الخامسة : المستحاضة المتحيرة ، يلزمها الغسل عند كل صلاة ، وشك فى انقطاع الشك قبلها .

السادسة : من أصابته نجاسة فى ثوبه أو بدنه ، وجهل موضعها ، يجب غسله كله .

---

(١) ابن القاص هو أحمد بن أبى أحمد الطبرى ، أبو العباس بن القاص ، إمام عصره ، ومن مؤلفاته التلخيص — والمفتاح — وأدب القاضى . توفى سنة ٣٣٥ ﻫ بطرسوس .

وينظر : النجوم الزاهرة جـ ٣/٢٩٤ وطبقات الشافعية لابن السبكى جـ ٣/٥٩

السابعة : شك مسافر أوصل بلده أم لا ؟ لا يجوز له الترخص .

الثامنة : شك مسافر هل نوى الإقامة أم لا؟ لايجوز له الترخص .

التاسعة : المستحاضة وسلس البول إذا توضأة ثم شك : هل انقطع مدته أم لا ؟ فصلى بطهارته ، لم تصح صلاته .

العاشرة : تيمم ، ثم رأى شيئا لا يدرى : أسراب هو ، أم ماء بطل تيممه ، وإن بان سرابا .

الحادية عشرة : رمى صيدا فجرحه ، ثم غاب فوجده ميتا ، وشك هل أصابته رمية أخرى من حجر ، أو غيره لم يحل أكله ، وكذا لو أرسل عليه كلبه[1] .

وقد نازعه القفال وغيره فى استثنائها بأنه لم يترك اليقين فيها بالشك، وإنما عمل فيها بالأصل الذى لم يتحقق شرط العدول عنه ؛ لأن الأصل فى الأولى والثانية : غسل الرجلين وشرط المسح : بقاء المدة ، وشككنا فيه ، فعمل بأصل الغسل .

وفى الثالثة ، والسابعة والثامنة : القصر رخصة بشرط ؛ فإذا لم يتحقق رجع إلى الأصل ، وهو الإتمام .

وفى الخامسة : الأصول وجوب الصلاة ؛ فإذا شككت فى الانقطاع فصلت بلا غسل ، لم تتيقن البراءة منها .

وفى السادسة : الأصل أنه ممنوع من الصلاة إلا بطهارة عن هذه النجاسة ، فلما لم يغسل الجميع فهو شاك فى زوال منعه من الصلاة .

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٧٢ — ٧٣

وفى العاشرة : إنما بطل التيمم ، لأنه توجه الطلب عليه .

وفى الحادية عشرة : فى حل الصيد قولان ؛ فإن قلنا : لا يحل ، فليس ترك يقين بشك ، لان الاصل التحريم ، وقد شككنا فى الإباحة[1] .

ويندرج تحت هذه القاعدة عدة قواعد منها :

١ — الأصل بقاء ما كان على ما كان :

يعبر عن هذه القاعدة بقول الفقهاء ( الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه ) .

وهذه القاعدة ليست من القواعد الكلية التى ليست داخلة تحت غيرها ، بل هى من فروع القاعدة (اليقين لا يزول بالشك ) .

وهذه القاعدة نوع من أنواع الدليل المسمى فى أصول الفقه بالاستصحاب .

ومعناها : الحكم بتحقق وثبوت شىء بناء على تحققه وثبوته فى وقت من الأوقات حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك .

وعلى هذا فإنه يجب اعتبار الحالة الثابتة فى وقت ما مستمرة فى سائر الأوقات حتى يثبت انقطاعها أو تبديلها .

فلو ادعى المقترض : دفع الدين إلى المقرض ، أو ادعى المشترى دفع الثمن إلى البائع ، أو ادعى المستأجر دفع الاجرة إلى المؤجر ، وأنكر المقرض ، أو البائع . أو المؤجر ، كان القول لهؤلاء المنكرين مع اليمين . أى إن هذه الديون تعتبر باقية فى ذمم الملتزمين بها ما لم يثبتوا الدفع ، لانها كانت مستحقة عليهم بيقين .

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٧٣

فالأصل بقاؤها فى زعمهم ، حتى ثبت سقوطها ، وإنمـــا لهم تحليف الدائنين اليمين على عدم القبض ، فإذا حلفوا قضى لهم .

ويتفرع على هذه القاعدة مسائل متعددة منها :

● لو ادعت الزوجة على زوجها عدم وصول النفقة المقررة إليها ، وادعى الزوج الإيصال ، فالقول قولها بيمينها ، لأن الأصل بقاؤها بعد أن كانت ثابتة فى ذمته ، حتى يقوم خلافه دليل من بينه أو نكول .

● ولو اختلف البائع والمشترى فى مضى مدة خيار الشرط . أو فى مضى مدة أجل الثمن فالقول لمنكر المضى ، لأنهما تصادقا على ثبوت الخيار والأجل ، ثم ادعى أحدهما السقوط والأصل بقاؤهما بعد الثبوت[١] .

● ولو باع إنسان شيئين صفقة واحدة فهلك أحدهما عند المشترى ، وجاء بالآخر ليرده بعيب فيه على البائع بحصته من الثمن ، فاختلفا فى قيمة الهالك ، فالقول للبائع .

لأن الثمن جميعه ثابت فى ذمة المشترى ، فالأصل بقاء القدر المختلف فى ذمته حتى يبرهن على دعواه[٢] .

● لو ادعت امتداد الطهر وعدم انقضاء العدة ، فإنها تصدق بيمينها ، ولها نفقة العدة ، لأن الأصل بقاء العدة بعد وجودها .

ويطلقون على هذه القاعدة — قاعدة بقاء ما كان على ما كان —

---

(١) الدر وحاشيته — أواخر خيار الشرط من البيوع ج٤/٥٥ وشرح القواعد الفقهية ص ٨٨

(٢) رد المحتار : من البيع الفاسد ، عند قول المصنف : وفسد بيع زيت على أن يزنه فى ظرفه ويطرح عن الظرف كذا رطلا ج ٤ /١١٦

لفظ الاستصحاب وهو عبارة عن الحكم على أمر ثابت فى وقت بثبوته فى وقت آخر .

وهو نوعان :

الأول : جعل الأمر الثابت فى الماضى مستصحبا للحال ، ومن هذا النوع هذه وماتفرع عنها .

والثانى : جعل الأمر الثابت فى الحال مستصحبا ومنسحبا للماضى وهو المسمى بالاستصحاب المعكوس ، وبتحكيم الحال .

ومن أمثلته :

* ما لو كان للابن الغائب مال عند أبيه ، فأنفق الأب منه على نفسه ثم اختلفا فقال الابن للأب : إنك أنفقت على نفسك منه وأنت موسر ، وقال الأب : أنفقت وأنا معسر . ولا بينة لأحدهما ، فإنه يحكم الحال . فلو كان حال الخصومة معسرا فالقول له . ولو موسرا فالقول لابنه .

ولو برهن كل من الأب والابن على دعواهما تقدم بينة الابن[1] .

فقد جعل اليسار والإعسار القائم فى الحاضر منسحبا مع الماضى

وإنما لم يجعل القول قول مدعى الإعسار مطلقا على أنه الصفة الأصلية فى الإنسان ، والأصل اعتبار بقائه ، لأن اعتبار بقاء ما كان على ما كان إنما هو عند قيام دليل على خلافه .

ولما كان قيام صفة اليسار حين الخصومة أمارة ظاهرة فى تأييد كلام مدعيه طرح ذلك الأصل ، لقيام الدليل على خلافه ، واعتبر القول لمدعى اليسار .

---

(١) رد المحتار : على الدر المختار — حاشية ابن عابدين — أواخر النفقة جـ ٢/ ٦٧٦ — ٦٧٧ وشرح القواعد الفقهية ص ٨٨

• ولو ادعى المستأجر سقوط الأجرة بزعم أن المأجور غصب منه ففات الانتفاع به ، وأنكر المؤجر ذلك فإنه يحكم الحال ، وينظر :

— إن كان المأجور فى يد الغاصب حين الخصومة فالقول للمستأجر.

— وإن لم يكن فى يد غاصب فالقول للمؤجر[1] .

والحالة الثانية : وهى عدم كونه فى يد غاصب — تشمل صورتين :

إحداهما : أن يكون فى يد المستأجر .

والثانية : أن لا يكون فى يد أحد .

• ولو باع الأب مال طفله ثم بلغ ، فادعى — بعد بلوغه — على المشترى أن البيع كان بغبن فاحش ، والمشترى ينكر ذلك ، فإنه يحكم الحال لو لم تمكن المدة قد مايتبدل به السعر[2] .

• ومسألة اختلاف مؤجر الطاحونة ومستأجرها فى أصل انقطاع مائها .

• ومسألة الاختلاف فى حدوث طريق المـــاء الذى يجرى إلى دار إنسان وقدمه .

---

(١) الذخيرة : من كتاب الإجارة : الباب الثانى والعشرين نقلا عن شرح القواعد ص ٩٠

(٢) جامع الفصولين ، الفصل السابع والعشرين ص ٢٨

٢ — ماثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد الدليل على خلافه :

( ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم الدليل على خلافه ) لأنه إذا اعترض على الاصل دليل خلافه بطل[1] .

ومن أجل هذا كانت الشهادة بالملك المنقضى — الماضى — والإقرار به أيضا مقبولين ، فإذا ثبت فى زمان ملك شىء لاحد يحكم ببقاء الملك مالم يوجد ما يزيله ، سواء كان ثبوت الملك الماضى بالبينة ، أو بإقرار المدعى عليه[2] .

وهذه المسألة على ثلاثة أوجه :

الاول : أن يدعى ملكا خاليا عن الإسناد إلى الماضى ، وذلك بأن يقول : إن العين التى بيد المدعى عليه هى ملكى — سواء بين سببا الملك أم لا ؟ — ويشهد الشهود له بالملك فى الماضى ، فيقولوا : أنها كانت ملكه أى فى صورة ما إذا أطلق المدعى الملك ، أو يقولوا : إنها كانت ملكه بالسبب الذى ادعاه ، أى فى صورة ما إذا بين المدعى سببا الملك .

وفى هذه الصورة لو سأل القاضى الشاهدين : هل تعلمان ملكه للحال فإنهما لايجبران على الجواب ، وإذا أجاباه بقولهما : لانعلم قيام الملك للحال ترد شهادتهما ، لانهما لما تصرفا بجهلهما قيام الملك للحال لم يبق إمكان للحمل على أنهما يعرفان بقاء الملك بالاستصحاب ، فلم تعد شهادتهما صالحة لان يحكم بها فى ذلك[3] .

---

(١) رد المحتار كتاب الدعوى — آخر دعوى الرجلين ج ٤ / ٤٤٢ — ٤٤٣ .

(٢) شرح القواعد الفقهية ص ٢١ .

(٣) المادة رقم ١٦٩٤ من المجلة .

وفي هـــذه الصورة تصح الدعوى من المدعي وتقبل من الشهود ، فيحكم للمدعي بالملك ، لانه لما ثبت ملكه في الزمن الماضي ، فالاصل أن يحكم ببقائه . حيث لم يقم دليل على خلافه إلى أن يوجد ما يزيله ، كأن يقيم المدعى عليه بينة على الشراء منه مثلا .

والوجه الثاني : أن يدعي ملكا ماضيا ، فيقول : إنها كانت ملكي ، ويشهد الشهود بالملك المطلق كذلك ، وهو عكس الاول .

والوجه الثالث : أن يدعي ملكا ماضيا ، ويشهد الشهود بالماضي أيضا .

وفي هاتين الصورتين — الثانية والثالثة — فإن دعوى المدعي غير صحيحة ، وشهادة الشهود المترتبة عليها غير مقبولة أيضا ، لان إسناد المدعي ملكه إلى الماضي يدل على نفي الملك في الحال ، إذ لا فائدة للمدعي في إسناده مع قيام ملكه في الحال ، بخلاف الشاهدين لو أسندا ملكه إلى الماضي ، لان إسنادهما لا يدل على النفي في الحال ، لانهما قـــد لا يعرفان بقاءه إلا بالاستصحاب[1] .

وينبغي أن نلاحظ أن : قبول الحاكم البينة ، وإلزام الخصم بما قامت عليه في الصورتين — أعني فيما إذا شهدت الشهود أن العين كانت ملك المدعي ، أو شهدت أنه كان له عليه كذا — إنما هو عمل بالاستصحاب ، وهو عمل بالظاهر ، والظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق ، ( كما سبق في القاعدة السابقة : الاصل بقاء ما كان على ما كان ) .

والحكم بهذه الشهادة حكم بالاستحقاق لا بالدفع ، فينبغي أن لا تقبل .

---

(١) الدر المختار وحاشيته رد المحتار ، كتاب الشهادات ، باب الاختلاف في الشهادة جـ٤ / ٣٨٨ وينظر شرح القواعد الفقهية ص ١٢٢

ولكن نقل فى جامع الفصولين.

وأجيب عن هذا الإشكال بأن فى رد مثل هذه البينات حرجاً ، فتقبل دفعاً للحرج[1] .

ويقول القرافى : أعلم أن قول العلماء أن الشهادة لا تجوز إلا بالعلم ليس على ظاهره فإن ظاهره يقتضى أنه لا يجوز أن يؤدى الشاهد إلا ما هو قاطع به . وليس كذلك بل حالة الأداء دائماً عند الشاهد الظن الضعيف فى كثير من الصور . بل المراد بذلك أن يكون أصل المدرك علما فقط .

- فلو شهد بقبض الدين جاز أن يكون الذى عليه الدين قد دفعه . فتجوز الشهادة عليه بالاستصحاب الذى لا يفيد إلا الظن الضعيف .
- وكذلك الثمن فى البيع يشهد به مع احتمال دفعه .
- ويشهد فى الملك الموروث لوارثه مع جواز بيعه ، بعد أن ورثه .
- ويشهد بالإجارة ولزوم الأجرة . مع جواز الإقالة بعد ذلك بناء على الاستصحاب .

والمحقق فى هذه الصور كلها وشبهها إنما هو الظن الضعيف . ولا يكاد يوجد ما يبقى فيه العلم إلا القليل من الصور منها :

— النسب والولاء . فإنه لا يقبل فيهما النقل . فيبقى العلم على حاله .

---

(١) جامع الفصولين . فى أوائل الفصل الحادى عشر — نقلا عن شرح القواعد الفقهية ص١١٢

— والوقف إذا حكم به حاكم ، أما إذا لم يحكم به حاكم فإن الشهادة إنما فيها الظن فقط ، فإذا شهد بأن هذه الدار وقف احتمل أن يكون حاكم حنفى حكم بنقضه )[1] .

تنبيـــه :

الشهادة باليد المنقضة لا تقبل ، وعلى الملك المنقضى تقبل .

فلو ادعى أحد على آخر بأن العين التى فى يد المدعى عليه كانت فى يد المدعى حتى أخذها ذلك منه بلا حق فيطلب إعادتها إليه ، وأقام بينة شهدت بأنها كانت فى يده ، لا تقبل حتى يشهدا أن المدعى عليه أخذها منه بلا حق ، فحينئذ يقضى بإعادتها إليه فقط ، لا بالملك ، وهذا يسمى قضاء الترك .

وإنما لم تقبل الشهادة باليد المنقضية . كما قبلت على الملك المنقضى ؛ لأنها شهادة بمجهول ، والشهادة بالمجهول لا تقبل .

١ — وذلك لأن أنواع وضع اليد كثيرة :

— فقد تكون اليد به ملك ، أو وديعة ، أو إجارة .

٢ — ويحتمل أيضاً أن العين كانت للمدعى فاشتراها المدعى عليه منه ؛ بخلاف الملك فإنه غـــير متنوع ، فلذلك كان الأصل أن الشهادة بالملك المنقضى مقبولة لا باليد المنقضية ، حتى لو ثبتت باليد المنقضية بإقرار الخصم أنها كانت فى يد المدعى ، أو بالبينة على الإقرار ، فإنها

---

(١) معين الحكام — الباب الثامن عشر منه — فى القضاء بغلبة الظن. وشرح القواعد الفقهية ص١٢٣ بتصرف.

تعتبر ، ويؤمر المدعى عليه بدفعها للدعى على الوجـــه المتقدم ، لأن الإقرار لا تضره الجهالة .

هذا كله فيما إذا كانت الشهادة باليد المنقضية لشخص حى ، أما إذا شهدا بيد شخص ميت ، فإنها تقبل مطلقا ، وإن كانت غير منقضية ، لأنها إن كانت فى الواقع يد ملك ، فالأمر ظاهر .

وإن كانت يد غير ملك فبموت من هى فى يده مجهلا . أى من غير أن يبين أنها ليست له ، يملكها وتكون مضمونة لصاحبها فى التركة[1].

٣ ـ الأصل فى الأمور العارضة العدم :

يقول ابن نجيم : الأصل فى الأمور العارضة العدم ، كما أن الأصل فى الأمور الأصلية الوجود حتى يقوم الدليل على خلافه[2] .

والمقصود بالأمور العارضة ما كان عدمه هو الحالة الأصلية أو الغالبة .

وعلى هـــذا فإنه يكون العدم هو المتيقن . لأنه الحالة الطبيعية ، ويكون تغيره إلى الوجود عارضا مشكوكا فيه .

وعلى هذا فإن الصفات بالنسبة إلى الوجود والعدم تنقسم إلى قسمين: الصفات التى يكون وجودها فى الشىء طارئا وعارضا ، والصفات التى يكون وجودها فى الشىء مقارنا لوجوده ، وفيما يلى بيان ذلك :

---

(١) تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار ، قبيل باب الشهادة على الشهادة. والمادة رقم ١٥٧٩ من المجـــلة . نقلا عن شرح القواعد الفقهية ص ١٢٣ — ١٢٤

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٣

(ا) القسم الأول : الصفات العارضة ، وهى الصفات التى يكون وجودها فى الشىء طارئا وعارضا ، أى إن الشىء يكون بطبيعته خاليا عنها غالبا .

والأصل فيها العدم .

ومثل هذه الصفات غيرها من الأمور التى توجد بعد العدم ، كسائر العقود والأفعال .

( وهذا القسم وما ألحق به هو موضوع هذه القاعدة ) .

(ب) القسم الثانى : الصفات الأصلية ، وهى التى يكون وجودها فى الشىء مقارنا لوجودها ، فهو مشتمل عليها بطبيعته غالبا .

والأصل فيها الوجود : ومن أمثلتها ما يأتى :

— بكارة الجارية .

— وسلامة المبيع من العيوب .

— والصحه فى العقود بعد انعقادها .

ويلحق بالصفات الأصلية : الصفات العارضة التى ثبت وجودها فى وقت ما ، فإن الأصل فيها حينئذ البقاء بعد ثبوت وجودها .

( وهو معنى القاعدة الآتية ) .

( وهو أيضاً معنى القاعدة : الأصل بقاء ما كان على ما كان ) .

فلو اختلف العاقدان فى سلامة المبيع من العيوب . وعدم سلامته ، أو فى صحة البيع مثلا وفساده ، فالقول لمن يتمسك بسلامة المبيع وصحة العقد ، لأنه يشهد له الأصل .

وذلك بخلاف ما لو اختلف المتعاقدان فى صحة البيع ، وبطلانه فإن

القول قول من يتمسك بالبطلان ، لأن الباطل غير منعقد ، فهو ينكر وجود العقد . والأصل عدمه[1] .

ومن الأمثلة التى تتفرع على هذه القاعدة ما يأتى :

— لو ادعى شخص على آخر أنه عقد معه عقدا ، أو أتلف مالا ، أو ارتكب جريمة وأنكر الآخر ، فالقول لهذا حتى يثبت المدعى هذه الافعال ، لانها أمور عارضة وأن الحالة الاصلية المتيقنة قبلا هى عدمها .

— ولو تبايع اثنان ، فادعى أحدهما بعد ذلك أنه اشترط فى العقد لنفسه الخيار ، ويريد الفسخ والرد ، وأنكر الآخر هذا الاشتراط ، فالقول للمنكر بيمينه حتى يثبت الخيار من يدعيه ، لان الاشتراط أمر عارض ، فالحالة الطبيعية الاصلية فى العقد هى خلوه من الشروط الزائدة ، فيكون عدمها هو المتيقن ، ووجودها مشكوك فيه يحتاج إلى إثبات .

— وكذلك لو اختلف المتبايعان فى صحة الدابة المبيعة أو مرضها ، فالقول للبائع فى زعم الصحة لان المرض هو العارض ، وأن السلامة هى الحالة الطبيعية الاصلية .

— وكذا لو زعم ورثة عاقد أن مورثهم كان حين التعاقد مجنونا فعقده باطل ، وأنكر الخصم ، اعتبر العاقد عاقلا حتى يثبت جنونه ، لان الجنون آفة عارضة ، والاصل سلامة العقل ، فكان الظاهر شاهدا لمدعيها .

والمبدأ المقرر فى الفقه الحنفى أنه عند الاختلاف فى صحة العقد

---

(١) الاشباه والنظائر لابن نجيم من قاعدة العدم ص٦٢—٦٣

وبطلانه ، فالقول مبدئيا لمدعى البطلان ، وعلى مدعى الصحة الإثبات ، لأن الباطل معدوم ، والأصل العدم .

— وكذا لو اختلف المضارب ورب المال فى حصول الربح وعدمه ، فالقول للمضارب ، والبينة على رب المال لإثبات الربح ، لأن الأصل العدم .

— ولو ادعى المالك أنها قرض ، والآخذ أنها مضاربة ، فالقول فيها قول الآخذ ، لأنهما اتفقا على جواز التصرف، والأصل عدم الضمان .

— لو أدخلت المرأة حلمة ثديها فى فم الرضيع ، ولا يدرى أدخل اللبن فى حلقه أم لا ، فإن النكاح لا يحرم، لأن الأصل عدم المانع الذى هو دخول اللبن[1] .

ولو قال الوصى لم أتجر فى مال اليتيم ، أو اتجرت فلم أربح أصلا ، أو ما ربحت إلا كذا ، فالقول قوله .

— لو اختلف البائع والمشترى فى قبض المبيع أو الثمن ، أو اختلف المؤجر والمستأجر فى قبض المأجور أو بدل الإجارة ، فالقول لمنكر القبض فى جميع ذلك ، لأن الأصل عدمه .

— لو اختلفا فى قدم العيب ، فأنكره البائع، فالقول له واختلف فى تعليله :

— فقيل لأن الأصل عدمه .

— وقيل لأن الأصل لزوم العقد .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٦٣

— لو قال غصبت منك ألفا وربحت فيها عشرة آلاف، فقال المغصوب منه بل كنت أمرتك بالتجارة بها، فالقول للمالك، يعنى لتمسكه بالأصل وهو عدم الغصب.

— لو اختلفا فى رؤية المبيع، فالقول للمشترى، لأن الأصل عدمها، ولو اختلف فى تغيير المبيع بعد رؤيته، فالقول للبائع لأن الأصل عدم التغيير[1].

— لو ثبت عليه دين بإقرار أو بينة فادعى الأداء أو الإبراء، فالقول للدائن، لان الاصل العدم.

— القول قول نافى الوطء، لان الاصل العدم[2]: لكن قالوا فى العنين: لو ادعى الوطء وأنكرت وقلن بكر، خيرت.

وإن قلن ثيب فالقول له لكونه منكرا استحقاق الفرقة. والاصل السلامة من العنة.

— ولو افترقا، وقالت: افترقنا بعد الدخول — وقال الزوج قبله، فالقول قولها، لانها تنكر سقوط نصف المهر[3].

— ما لو دفع إنسان لآخر شيئا، ثم أراد استرداده مدعيا أنه دفعه لهعارية، وقال القابض: إنك كنت بعتنى إياه أو وهبتنى إياه، فالقول للدافع فى كونه عارية، لان الاصل عدم البيع والهبة[4].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٣

(٢، ٣) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٢ والاشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٧

(٤) المجلة — المادة رقم/١٧٦٣ وشرح القواعد الفقهية ص ١١٩

- مالو قال رجل لامرأته: إن لم أدفع لك نفقتك اليوم فأنت طالق . ثم مضى اليوم ، فاختلفا فقال : دفعتها لك ، وقالت: لم تدفعها لى ، فالقول قولها ، ويترتب عليه وقوع الطلاق .

وذلك بخلاف ما لو قال لها : إن لم أدخل الدار اليوم مثلا فأنت طالق ، ثم اختلفا فقال : دخلت ، وقالت : لم تدخل ، فإن القول قوله ، وإن كان الاصل عدم الدخول ، وذلك لان الشرط المعلق عليه إذا كان مما يصح التنازع فيه لذاته بقطع النظر عن التعليق، كوصول النفقة وعدمه فحينئذ ينظر إلى صورة التنازع ، فيكون القول قول منكره ، وهو هنا الزوجة لان الاصل عدم وصول النفقة إليها .

وأما إذا كان الشرط مما لا يصح التنازع فيه لذاته ، كدخول الدار وعدمه فإنه لا ينظر فيه إلى صورة التنازع ، لانه غير ممكن ، بل ينظر فيه إلى المقصود منه ، وهو وقوع الطلاق أو عدمه، ولما كان مقصود الزوج بدعواه الدخول إنكار وقوع الطلاق كان القول قوله، لان الاصل عدم الوقوع[1] .

هذا ولكن إذا قام دليل على خلاف ذلك الاصل ، بأن كان الظاهر معارضا له ، فإن الاصل يترك ويترجح جهة الظاهر ، كما قالوا فى زوجة العنين من أنها لو ادعت عليه عدم وصوله إليها ، وادعى هو الوصول ، وكانت بكرا حين العقد ، فإن الحاكم يريها حين الخصومة للنساء ، فإن قلن إنها بكر فالقول قولها .

وإن قلن إنها ثيب فالقول قوله فى الوصول إليها مع أن الاصل عدم الوصول ، لان ظهور ثيوبتها مؤيد لدعواه فيترك به الاصل[2] .

---

(٢،١) ذخيرة النفاوى ، كتاب الكفالة - الباب السابع فى تعليق الكفالة بالشرط نقلا عن شرح القواعد الفقهية ص ١١٩

ويستثنى من هذه القاعده ما يـأتى :

• ما لو تصرف الزوج فى غـــلات زوجتـه ، ثم ماتت ، فادعى أن تصرفه كان بإذنها ، وأنـكر الورثة، فإن القول قوله بيمينه ،مع أن الاصل عدم الإذن[1] .

• ومنها مما لو أراد الواهب الرجوع فى هبته ، فادعى الموهوب له هـلاك الموهوب ، فالقول قوله ، ولا يمين عليه ، لانه حـكى أمرا يملك استئنـافه .

• وأيضا لو اختلف الزوجان فى هبة المهر فقالت الزوجة : وهبته لك بشرط أن لا تطلقنى . وقال الزوج : بغير شرط، فالقول قولها ، مع أن الشرط من العوارض والاصل عدمه .

• ما لو طلبت المرأة نفقة أولادها الصغار بعد أن فرضها القاضى لهم فادعى الاب أنه أنفق عليهم، فالقول قوله مع اليمين ، مع أن الاصل عدم الإنفاق .

• مـا لو جاء المضارب بمبلـغ وقال : هـــو أصل وربح . وقال رب المـال : كله أصل ، فالقول قول المضارب ، مع أن الاصل عـدم الربح[2] .

---

(١) تنوير الابصار وشرحه الدر المختار من كتاب الغصب ٥/١١٥ وشرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ص١٢٠

(٢) الاشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٢

٤ — الاصل براءة الذمة :

الاصل براءة الذمة ، لان الذمم خلقت غير مشغولة بحق من الحقوق .

ولان المرء يولد خاليا من كل دين ، أو التزام ، أو مسئولية ، وكل شغل لذمته بشيء من الحقوق إنمـــا يطرأ بأسباب عارضة بعد الولادة ، والاصل فى الامور العارضة العدم ، كما رأينا فى القاعده السابقة .

الذمة : لغة العهد :

واصطلاحا : وصف يصير الشخص به أهلا للإيجاب له أو عليه .

ومنهم من جعلها ذاتا فقال فى تعريفها : إنها نفس لهـــا عهد . فإن الإنسان يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه .

قال السيوطى : الاصل براءة الذمـة ، ولذلك لم يقبل فى شغل الذمة شاهد واحد ، ما لم يعتضد بآخر ، أو يمين المدعى ، ولذا أيضا كان القول قول المدعى عليه ، لموافقة الاصل[1] .

وعلى هذا فإن من ادعى على غيره التزاماً بدين ، أو بعمل ما مهما كان سببه من عقد ، أو إتلاف ، أو أى سبب آخر من أسباب الضمان ، فعليه هو الإثبات إذا أنكر الخصم ؛ لان هذا الخصم تمسك بحـالة أصلية هى براءة الذمة ، فيكون ظاهر الحال شاهدا له ما لم يثبت خلافه .

---

(١) الاشباه والنظائر للسيوطى ص٥٣ والاشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان ص ٥٩

ومن الأمثلة التطبيقية ما يأتى :

— إذا اختلفا فى قيمة المتلف، حيث تجب قيمته على متلفه، كالمستعير، والمستام والغاصب ، والمودع المتعدى ، فالقول قول الغارم، لأن الأصل براءة ذمته مما زاد .

— توجهت اليمين على المدعى عليه فنكل ، لا يقضى بمجرد نكوله ، لأن الأصل براءة ذمته ، بل تعرض على المدعى .

— من صيغ القرض : ملكتكه على أن ترد بدله، فلو اختلفا فى ذكر البدل فالقول قول الآخذ ، لأن الأصل براءة ذمته .

— لو قال الجانى : هكذا أوضحت ، وقال المجنى عليه : بل أوضحت موضحتين ، وأنا رفعت الحاجز بينهما ، صدق الجانى ، لأن الأصل براءة ذمته[1] .

— ولو أقر بشىء ، أو حق قبل تفسيره بماله قيمة ، فالقول للمقر مع يمينه ، ولا يرد عليه مالو أقر بدراهم ، فإنهم قالوا: تلزمه ثلاثة دراهم لأنها أقل الجمع ، مع أن فيه اختلافا ، فقيل: اثنان ، فينبغى أن يحمل عليه، لأن الأصل البراءة ، لأنا نقول : المشهور أنه ثلاثة ، وعليه مبنى الإقرار[2]

— لو أدعى المستعير رد العارية فإن القول قوله ، إذا الأصل براءة ذمته ، وكذا لو ادعى الوديع رد الوديعة .

— لو اختلف البائع والمشترى فى مقدار الثمن بعد هلاك المبيع أو خروجه عن ملكه مثلا ، أو اختلف المؤجر والمستأجر فى مقدار بدل الإجارة بعد استيفاء المنفعة ، فإن القول قول المشترى والمستأجر،

---

(١) السابق الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٣

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٩

والبينة على البائع والمؤجر لإثبات الزيادة ، أما إذا كان اختلافهما قبل هلاك المبيع أو خروجه عن ملكه مثلا فى البيع ، وقبل استيفاء المنفعة فى الإجارة ، ولا بينة لأحدهما فإنهما يتحالفان[1] .

٥ — أصل ما انبنى عليه الإقرار إعمال اليقين وطرح الشك :

قال الشافعى رضى الله عنه : أصل ما انبنى عليه الإقرار أنى أعمل اليقين وأطرح الشك ولا أستعمل الغلبة[1] .

قال السيوطى رحمه الله تعالى : وهذه قاعدة مطردة عند الأصحاب ، ومرجعها إلى أن الأصل براءة الذمة كقولهم :

— لو أقر أنه وهبه وملكه لم يكن مقرا بالقبض ، لأنه ربما اعتقد أن الهبة لا تتوقف على القبض ، وأصل الإقرار البناء على اليقين .

فلو أقر لابنه بعين فيمكن تنزيل الإقرار على البيع ، وهو سبب قوى يمنع الرجوع .

وعلى الهبة فلا يمنع الرجوع :

فأفتى أبو سعيد الهروى بإثبات الرجوع تنزيلا على أقل السببين وأضعف الملكين .

وأفتى أبو عاصم العبادى بعدمه . لأن الأصل بقاء الملك للمقر له .

وقال النووى فى فتاويه : الاصح المختار ،قول الهروى،وقبول تفسيره بالهبة ورجوعه مطلقا .

---

(١) المادة ١٧٧٨ و ١٧٧٩ من المجلة وينظر شرح القواعد الفقهية ص ١١٤

ومن الفروع :

• أن إقرار الحاكم بالشيء إن كان على جهة الحكم كان حكما ، وإن لم يكن بأن كان في معرض الحكايات والإخبار عن الامور المتقدمة لم يكن حكما .

وهذا من القواعد المهمة، فإذا شككنا في ذلك لم يكن حكما ، لان الاصل بقاؤه على الإخبار وعدم نقله إلى الإنشاء .

• لو أقر بمال أو مال عظيم ، أو كثير أو كبير ، قبل تفسيره بما يتمول وإن قل .

٦ — من شك هل فعل شيئا أولا ؟ فالاصل أنه لم يفعله :

قال السيوطي رحمه الله تعالى : من شك هل فعل شيئا،أولا ؟ فالاصل أنه لم يفعله[1] ويدخل في هذه القاعدة قاعدة أخرى :

• من تيقن الفعل وشك في القليل أو الكثير ، حمل على القليل ، لانه المتيقن اللهم إلا أن تشغل الذمة بالاصل فلا تبرأ إلا بيقين :

وهذا الاشتباه راجع إلى قاعدة ثالثة ذكرها الشافعي رضي الله عنه ، وهي :

• أن ماثبت باليقين لايرتفع إلا بيقين :

ومن فروع ذلك :

— شك في ترك مأمور في الصلاة : سجد للسهو ، أو ارتكاب فعل منهي فلا يسجد ، لان الاصل عدم فعلهما .

---

(١) الاشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٥

— سها وشك : هل سجد للسهو ؟ يسجد .

— شك فى أثناء الوضوء أو الصلاة ، أو غيرهما من العبادات فى ترك ركن ، وجبت إعادته ، فلو علمه وشك فى عينه أخذ بالاسوأ .

فإن احتمل أنه النية وجب الاستئناف .

فلو ترك سجدة وشك ، هل هى من الركعة الاخيرة أو غيرها ، لزمه ركعة لاحتمال أن تكون من غيرها . فتكمل بركعة تليها ويلغو باقيها .

— ولو شك فى محل أربع سجدات ، لزمه سجدة وركعتان ، لاحتمال أن يكون ترك سجدتين من الاولى وسجدة من الثالثة ، واخرى من الرابعة .

وعلى ماتقدم من الاستدراك يجب سجدتان وركعتان ، لاحتمال ترك الاولى من الاولى ، والثانية من الثانية ، وثنتين من الرابعة ، فحصل من الثلاث ركعة ولا سجود فى الرابعة .

— ولو شك فى محل خمس سجدات لزمه ثلاث ركعات لاحتمال ترك سجدتين من الاولى ، وسجدتين من الثالثة ، وسجدة من الرابعة .

— ولو شك هل غسل ثنتين أو ثلاثة ؟ بنى على الاقل ، وأتى بالثالثة .

— شك هل أحرم بحج أو عمرة ، نوى القران ، ثم لايجزيه إلا الحج فقط لاحتمال أن يكون أحرم به ، فلا يصح إدخال العمرة عليه .

— شك هل طلق واحدة أو أكثر ، بنى على الاقل .

— عليه دين ، وشك فى قدره ، لزمه إخراج القدر المتيقن ، إلا أن تشغل ذمته بالاصل ، فلا يبرأ إلا مما يتيقن أداءه ، كما لو نسى صلاة من الخمس تلزمه الخمس .

— ولو كانت عليها عدة وشكت : هل هى عدة طلاق أو وفاة ،

لزمها الاكثر، وإنما وجب الاكثر فى هذه الصورة ، لان المكلف ينسب إلى القصير بخلاف من شك فى الخارج أمنى أم مذى ، حيث يتخير[1] .

— ولو شك فى أركان الحج ، فإنه يتحرى كما فى الصلاة : وقيل : يؤدى ثانياً ، لأن تكرار الركن والزيادة عليه لا يفسد الحج ، وزيادة الركعة تفسد الصلاة ، فكان التحرى فى باب الصلاة أحوط .

وفى البدائع أنه فى الحج يبنى على الأقل فى ظاهر الرواية[2] .

— ولو شك هل طلق واحدة أو أكثر ، بنى على الأقل ، إلا أن يستيقن بالأكثر ، أو يكون أكبر ظنه على خلافه ، وإن قال عزمت على أنه ثلاث يتركها .

وإن أخبره عدول حضروا ذلك المجلس بأنها واحدة وصدقهم أخذ بقولهم إن كانوا عدولا .

— ولو كان عليه دين وشك فى قدره فإنه ينبغى لزوم إخراج القدر المتيقن .

وفى البزازية من القضاء : إذا شك فيما يدعى عليه ، ينبغى عليه أن يرضى خصمه ولا يحلف احترازاً عن الوقوع فى الحرام ، وإن أبى خصمه إلا حلفه ، إن كان أكبر رأيه أن المدعى محق لا يحلف وإن كان أكبر رأيه أنه مبطل ساغ له الحلف[3] .

---

(١) الاشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٥ — ٥٦ بتصرف يسير .

(٣،٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٠ ومنهج الطالبين ، وبلاغ الراغبين — تأليف خميس بن سعيد بن على بن مسعود الشقصى الرستاقى، تحقيق سالم بن حمد الحارثى سلطنة عمان ج ١٩٦/٧

٧ — الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته ؛ ومن فروع ذلك : —

— لو رأى في ثوبه نجاسة وقد صلى فيه ولا يدرى متى أصابته ، فإنه يعيدها من آخر حدث أحدثه ، والمنى من آخر رقدة يلزمه الغسل فى الثانية ، عند أبى حنيفة ومحمد — رحمهما الله ، وإن لم يتذكر احتلاما .

وفى البدائع : يعيد من آخر ما احتلم .

وقيل فى البول من آخر ما بال ، وفى الدم من آخر ما رعف .

— ولو ادعت أن زوجها أبانها فى المرض وصار فاراً ، فترث . وقالت الورثة أبانها فى صحته فلا ترث ، كان القول قولها فترث .

— ولو أقر لوارث ثم مات ، فقال المقر له : أقر فى الصحة وقالت الورثة فى مرضه ، فالقول قول الورثة والبينة بينة المقر له . وإن لم يقم ببينة وأراد استحلافهم فله ذلك[1] .

ومما خرج عن هذا الأصل :

• لو قال القاضى بعد عزله لرجل أخذت منك ألفاً ودفعتها إلى زيد قضيت بها عليك .

فقال الرجل : أخذتها ظلماً بعد العزل .

فالصحيح أن القول للقاضى ، مع أن الفعل حادث ، فكان ينبغى أن

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٤

يضاف إلى أقرب أوقاته وهو العزل ، وبه قال البعض ، واختاره السرخسي .

ولكن المعتمد الأول ، لأن القاضي أسنده إلى حالة منافية الضمان .

وكذا لو قال الوكيل بالبيع ، إذا قال بعت وسلمت قبل العزل .

وقال الموكل بعد العزل ، كان القول للوكيل ، إن كان المبيع مستهلكا .

وإن كان قائماً ، فالقول قول الموكل(١) .

---

(١) السابق — نفسه — ص ٦٥

## ٣ ـ المشقـــه تجلب التيسير

• المشقة تجلب التيسير ، لان الحرج مرفوع بالنص .

• أنواع المشقة :

— مشقة جالبة للتيسير .

— ومشقه لا تنفك عنها التكليفات الشرعية .

• أسباب التخفيف :

١ ــ السفر .
٢ ــ المرض .
٣ ــ الإكراه .
٤ ــ النسيان .
٥ ــ الجهل .
٦ ــ اليسر وعموم البلوى .
٧ ــ النقص .

• تخفيفات الشرع سبعة أنواع :

— إسقاط .
— وتنقيص .
— ال وإبد .
— وتقديم .
— وتأخير .
— وترخيص .
— وتغيير .

• القواعد المتفرعة على تلك القاعدة :

— إذا ضاق الامر اتسع .

— يغتفر فى البقاء مالا يغتفر فى الابتداء .



## ٣ — المشقة تجلب التيسير

المشقة تجلب التيسير ؛ لأن الحرج مرفوع بالنص ، قال الله تعالى : (وما جعل عليكم في الدين من حرج)[١] وقال عز شأنه (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن الله غفور رحيم)[٢] وقال الله جل ثناؤه (وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه)[٣] .

ولكن جلبها التيسير مشروط بعدم مصادمتها نصاً ، فإذا صادمت نصاً دونها[٤] .

وتنقسم المشقة إلى قسمين : مشقة جالبة للتيسير ، ومشقة لا تنفك عنها التكليفات الشرعية :

(أ) فالمراد بالمشقة الجالبة للتيسير : المشقة التي تنفك عنها التكليفات الشرعية ؛ فإن الأحكام الشرعية جعلت عامة ، بحيث لا تنظر إلى حالة من الحالات ، ولا إلى فرد من الأفراد ، بل هي تنظر إلى جميع الحالات وإلى جميع الأفراد ، إلا أن هذه الصفة تجعـل من تطبيق الأحكام في بعض الاحيان حرجا على الناس ، وتجعل الإفراط في التمسك بالقانون ينقلب إلى ظلم وضرر ، أو كما قال الإمام الغزالي (كل ما تجاوز حده انعكس إلى ضده)[٥] .

ومن أجل هذا اقتضى التيسير على الناس ، وعدم مراعاة الاحكام العامة في بعض الاحوال الاستثنائية ، رفعاً للضرر ، ودفعاً للمشقة .

---

(١) سورة الحج/٧٨ (٢) سورة النحل/١١٥

(٣) سورة الأنعام / ١١٩

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٣

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٥

قال الله تعالى : ( يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر )[١] وقال عز شأنه ( وما جعل عليكم فى الدين من حرج )[٢] .

وقال ﷺ : ( بعثت بالحنيفية السمحة )[٣] .

وروى الطبرانى فى الأوسط من حديث أبى هريرة رضى الله عنه ( إن أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة[٤] )

وروى الشيخان وغيرهما من حديث أبى هريرة وغيره ( إنما بعثتم ميسرين ، ولم تبعثوا معسرين )[٥] .

وروى أحمد من حديث أبى هريرة مرفوعاً ( إن دين الله يسر - ثلاثا )[٦] .

وروى أيضاً من حديث الأعرابى بسند صحيح ( إن خير دينكم أيسره إن خير دينكم أيسره )[٧] .

---

(١) سورة البقرة /١٨٥

(٢) سورة الحج /٧٨

(٣) أخرجه أحمد فى مسنده من حديث جابر بن عبد الله، ومن حديث أبى أمامة حـ/٢٣٦

وأخرجه الديلمى فى مسند الفردوس من حديث عائشة رضى الله عنها. وكشف الخفاظ ص ٢٥١ والمقاصد الحسنة ص ١٠٩

(٤) أحمد فى المسند حـ ٢٣٦/٢ وعبد الرزاق فى مصنفه رقم ٢٠٥٧٤

(٥) البخارى فى الأدب ، باب رحمة الناس . وأبو داود فى الطهارة، باب الأرض يصيبها البول والترمذى فى الطهارة، باب البول يصيب الأرض والنسائى فى السهو ، باب الكلام فى الصلاة .

(٦) أحمد (٧) أحمد

وروى الشيخان عن عائشة رضى الله عنها : ( ماخير رسول الله ﷺ بين أمرين إلا اختار أيسرهما مالم يكن إثما ) [١] وروى الطبرانى عن ابن عباس رضى الله عنهما مرفوعاً :(إن الله شرع الدين فجعله سهلا واسعا ولم يجعله ضيقاً ) .

وقد رفع الشارع الحكيم الحرج عن المكلف لوجهين :

أحدهما : الخوف من الانقطاع عن الطريق، وبغض العبادة، وكراهة التكليف .

والثانى :خوف التقصير عند مزاحمة الوظائف المتعلقة بالعبد ،المختلفة الأنواع مثل قيامه على أهله وولده ، إلى تكاليف أخر فى الطريق ، فربما كان التوغل فى بعض الأعمال شاغلا عنها ،وقاطعا بالمكلف دونها ،وربما أراد الحمل للطرفين على المبالغة فى الاستقصاء ، فانقطع عنهما .

فأما الأولى : فإن الله تعالى وضع هذه الشريعة المباركة حنيفية سمحة سهلة . حفظ فيها على الخلق قلوبهم ، وحببها لهم بذلك ، فلو عملوا على خلاف السماح والسهولة لدخل عليهم فيما كلفوا به ما لا تخلص به أعمالهم ألا ترى إلى قوله عز وجل (واعلموا أن فيكم رسول الله لو يطيعكم فى كثير من الأمر لعنتم ولكن الله حبب إليكم الإيمان وزينه فى قلوبكم وكره إليكم الكفر والفسوق والعصيان أولئك هم الراشدون ) [٢] فقد أخبرت الآية الكريمة أن الله حبب إلينا الإيمان بتيسيره وتسهيله،وزينه فى قلوبنا بذلك ، وبالوعد الصادق بالجزاء عليه .

---

(١) البخارى فى المناقب ، باب صفة النبى ﷺ وفى الحدود، باب إقامة الحدود ومسلم فى القضاء ، باب مباعدته ﷺ للآثام.

(٢) سورة الحجرات /٧

وفى الحديث الشريف : ( عليكم من الأعمال ماتطيقون فإن الله لا يمل حتى تملوا )[١] .

وفى حديث قيام رمضان : ( أما بعد فانه لم يخف على شأنكم، ولكن خشيت أن تفرض عليكم صلاة الليل فتعجزوا عنها )[٢] .

وحديث أنس رضى الله عنه : دخل رسول الله ﷺ وحبل ممدود بين سارتين ، فقال : ماهذا ؟ قالوا : حبل لزينب ، تصلى فإذا كسلت، أو فترت أمسكت به . فقال : حلوه ليقل أحدكم نشاطه ، فإذا كسل أو فتر قعد )[٣]

وقد جاء فى حديث عائشة رضى الله عنها عن النبى ﷺ أنه قال : إن هذا الدين متين ، فأوغلوا فيه برفق ، ولا تبغضوا إلى أنفسكم عبادة الله،

---

(١) البخارى جـ٣/ ٢٧٩ فى التهجد ، باب ما يكره من التشديد فى العبادة ومسلم رقم ٧٨٥ فى صلاة المسافرين ومالك فى الموطأ جـ١/١١٨ فى صلاة الليل ، باب ماجاء فى صلاة الليل والنسائى جـ٣/٢١٨ فى صلاة الليل باب الاختلاف على عائشة فى إحياء الليل .

(٢) البخارى فى صلاة التراويح ، باب فضل من قام رمضان وفى الجمعة باب من قال فى الخطبة بعد الثناء أما بعد ، وفى التهجد ، باب تحريض النبى ﷺ على صلاة الليل ،فى صلاة المسافرين رقم ٧٦١ ومالك فى الموطأ جـ١/١١٣ وأبو داود فى الصلاة رقم ١٣٧٣ باب فى قيام شهر رمضان والنسائى فى قيام الليل ، باب قيام شهر رمضان جـ٣/٢٠٢

(٣) البخارى فى صلاة التطوع ، باب مايكره من التشديد فى العبادة جـ٢/٦٧ ومسلم فى صلاة المسافرين جـ٢/٦٧ رقم ٢٨٤

وأبو داود فى كتاب الصلاة ، باب النعاس فى الصلاة حديث رقم ١٣١٢ جـ٢/٧٥

فان المنبت لا أرضا قطع ولا ظهرا أبقى) [١] وحديث معاذ حين قال له النبي ﷺ : أفتان أنت يامعاذ [٢] .

وعلى هذا كله بنى الفقهاء القاعدة الكلية :( المشقة تجلب التيسير )وهى من القواعد الأربع التى قال عنها القاضى حسين : إن مبنى الفقه عليها[٣].

إذن الناس فى هذا الميدان على ضربين :

• ضرب يحصل له بسبب إدخال نفسه فى العمل تلك المشقة الزائدة على المعتاد فتؤثر فيه وفى غيره فسادا ، أو تحدث له ضجرا أو مللا ، وقعودا عن النشاط إلى ذلك العمل ، فمثل هذا لا ينبغى أن يرتكب من الأعمال مافيه ذلك ، بل يترخص فيه بحسب ماشرع له فى الترخص إن كان مما لا يجوز تركه ، أو يتركه إن كان مما له تركه وهو مقتضى التعليل ، ودليله قوله ﷺ : ( لا يقضى القاضى وهو غضبان )[٤]

(١) أحمد فى مسنده ١٩٩/٣ عن أنس ط بيروت .

(٢) أخرجه البخارى فى صلاة الجماعة ، باب إذا طول الإمام وكان للرجل حاجة فخرج فصلى ح ١٦٢/٢ — ١٦٥ وباب من شكا إمامه إذا طول وباب إذا صلى ثم أم قوما ، وفى الأدب ، باب من لم ير إكفار من قال ذلك متأولا أو جاهلا . ومسلم فى الصلاة ، باب القراءة فى العشاء رقم ٤٦٥ وأبو داود فى الصلاة ، باب فى تخفيف الصلاة رقم ٧٩٠ و ٧٩١ و ٧٩٣ والنسائى فى الإمامة ، باب خروج الرجل من صلاة الإمام وفراغه من صلاته فى ناحية المسجد ح٢ /٩٧و٩٨

(٣) جمع الجوامع مع شرح المحلى وحاشيته للعلامة البنانى ح٢ /٢٧٣

(٤) البخارى فى الاحكام . باب هل يقضى القاضى وهو غضبان رقم ٦٧٣٩ ومسلم فى الاقضية ، باب كراهة قضاء القاضى وهو غضبان رقم ١٧١٧

وقوله ﷺ ( إن لنفسك عليك حقا ولأهلك عليك حقا (١) )

• والضرب الثانى : شأنه أن لا يدخل عليه ذلك الملل ولا الكسل، لوازع هو أشد من المشقة ، أو جاد يسهل به الصعب ، أو لماله من العمل فى المحبة ، ولما حصله له مشقة ، بل تزيده كثرة العمل وكثرة البناء فيه نورا وراحة ، كما جاء فى الحديث ( أرحنا بها يابلال ) (٢) وقوله ﷺ ( وجعلت قرت عينى فى الصلاة ) (٣)

والضرب الأول حاله حال من يعمل بحكم عهد الإسلام وعقد الإيمان من غير زائد .

والثانى : حاله حال من يعمل بحكم غلبة الخوف ، أو الرجاء، أو المحبة، فالخوف سوط سائق ، والرجاء حاد قائد ، والمحبة تيار حامل ،

فالخائف يعمل مع وجود المشقة غير أن الخوف مما هو أشق يحمل على الصبر على ماهو أهون . وإن كان شاقا .

والراجى يعمل مع وجود المشقة أيضاً ، غير أن الرجاء فى تمام الراحة يحمل على الصبر ، والمحب يعمل ببذل المجهود شوقاً إلى المحبوب فيسهل عليه الصعب (٤)

---

(١) البخارى فى الأدب ، باب صنع الطعام والتكلف للضيف حـ ١٣ رقم ١٥١ وهب/١١٢ — ١١٤ فى الصوم باب من أقسم على أخيه ليفطر فى التطوع والترمذى فى الزهد رقم ٢٤١٥ باب أعط كل ذى حق حقه .

(٢) أبوداود فى الأدب ، باب فى صلاة العتمة ، حديث رقم ٤٩٨٥ و٤٩٨٦ وإسناده صحيح :

(٣) أخرجه النسائى فى سننه ٦١/٧ كتاب النساء باب حب النساء ، عن أنس ط بيروت .

(٤) الموافقات للشاطبى حـ ١٣٦/٢ — ١٤١ بتصرف .

والذى نخلص إليه أن المشقة الداعية إلى التخفيف والترخص إنما هى المشقة المتجاوزة للحدود العادية .

وأما المشقة فى الحدود العادية ، فإنها لا توجب التخفيف ، ولا تنافى التكليف لأن التخفيف عندئذ إهمال وتفريط .

ومن أجل هذا فإنه لابد أن تكون : المشقة مختصة بأعيان الأفعال المكلف بها ، بحيث لو وقعت مرة لوجدت فيها . وهذا هو الموضع الذى وضعت له الرخص المشهورة فى اصطلاح الفقهاء كالصوم فى المرض والسفر ، والإتمام فى السفر وما أشبه ذلك)[1] .

(ب) وأما المشقة التى لا تنفك عنها التكليفات الشرعية كمشقة الجهاد وألم الحدود ورجم الزناة ، وقتل البغاة والمفسدين والجناة ، فلا أثر لها فى جلب تيسير ولا تخفيف .

وعلى هذا فإن المشقة التى لا تنفك عنها العبادة غالبا كمشقة البرد فى الوضوء ، والغسل ، ومشقة الصوم فى شدة الحر وطول النهار ، ومشقة السفر التى لا انفكاك للحج والجهاد عنها ، فإنه لا أثر لهذه فى إسقاط العبادات فى كل الأوقات ، وذلك بخلاف المشقة الموجبة للتخفيف والترخص ، وهى المشقة العظيمة الفادحة .

والمشقة التى تجلب التيسير هى التى ينطوى تحتها أسباب التخفيف فى العبادات وغيرها ، ومن أسباب التخفيف سبعة أنواع :

أولها : السفر .

وتيسيراته كثيرة منها :

---

(١) الموافقات للشاطبى حـ ٢/١٢٠ بتصرف .

(أ) جواز تحميل الشهادة للغير فى غير حد وقود .

(ب) وجواز بيع الإنسان مال رفيقه ، وحفظ ثمنه لورثته ، بدون ولاية ، ولا وصاية إذا مات فى السفر ، ولا قاضى ثمنه .

(حـ) وجواز فسخ الإجارة بعذر السفر .

(د) وجواز تزويج الولى الأبعد للصغيرة عند عدم انتظار الكفء الخاطب استطلاع رأى الولى الأقرب المسافر .

(هـ) وجواز إنفاق المضارب على نفسه فى السفر من مال المضاربة .

(و) وجواز كتابة القاضى إلى القاضى فى بلد المدعى عليه بشهادة شهود المدعى عنده .

ثانيها : المرض : ورخصه وتيسيراته كثيرة منها :

(أ) التيمم عند مشقة استعمال الماء ، ويشمل ذلك عند الخوف على نفسه أو على عضو من أعضائه .

(ب) والقعود فى صلاة الفرض ، والاضطجاع فيها والإيماء .

(حـ) وترك الصوم للشيخ الهرم مع الفدية .

(د) والانتقال من الصوم إلى الإطعام فى الكفارة .

(هـ) والاستنابة فى الحج وفى رمى الجمرات ، وإباحة محظورات الإحرام مع الفدية[1] .

(و) وجواز تحميل الشهادة كما سبق .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٥

(ز) وتأخير إقامة الحد على المريض ، غير حد الرجم ، إلى أن يبرأ .

(ح) وعدم صحة الخلوة مع قيام المرض المانع من الوطء ، سواء كان في الزوج أو الزوجة .

ثالثها : الإكراه :

(ا) وهو التهديد بمن هو قادر على الإيقاع بضرب مبرح ، أو بإتلاف نفس ، أو عضو ، أو حبس ، أو قيد مديدين مطلقا . أو بما هو دون ذلك لذى جاه ، ويسمى إكراها ملجئا .

(ب) وقد يكون الإكراه غير ملجىء ، وهو ما كان بغير ما سبق ، أو بما يوجب غما بعدم الرضا .

وهو بقسميه إما أن يكون في العقود ، أو في الإسقاطات أو في المنهيات ، والعقود والإسقاطات إما أن يؤثر فيهما الهزل أولا .

والمنهيات إما أن تكون مما يباح عند الضرورة أولا .

وما لا يباح عند الضرورة إما أن يكون جناية على الغير كقتل محقون الدم ، أو قطع عضو محترم ، أو لا يكون جناية على الغير كالردة والعياذ بالله تعالى منها .

(ا) اما في العقود والإسقاطات التي يؤثر فيها الهزل كالبيع والإجارة والرهن والهبة والإقرار والإبراء ، إذا أكره عليها بملجىء أو بغير ملجىء ، ففعلها ، ثم زال الإكراه فله الخيار ، إن شاء فسخ وإن شاء أمضى .

(ب) وأما العقود والإسقاطات التي لا يؤثر فيها الهزل كالنكاح ،

والطلاق ، والعفو عن دم العمد ، فلا تأثير للإكراه فيها ، فلا خيار للمكره بعد زوال الإكراه ، بل هي ماضية على الصحة ، ولكن له أن يرجع على المكره له على الطلاق غير الزوجة فلو كانت هي المكرهة سقط المهر عن الزوج .

( حـ ) وأما المنهيات التي لا تباح عند الضرورة فهي الجناية على الغير، فإنها لا تحل ولا بالملجيء ، ولو فعل فوجبها وهو القصاص على المكره — بالكسر — .

( د ) وما لا جناية فيه على الغير وليس في معنى الجناية وهو الردة — أعاذنا الله تعالى منها — فإنه يرخص له أن يجري كلماتها على لسانه ،وقلبه مطمئن بالإيمان . ويوري وجوبا إن خطر بباله التورية ، فإن لم يور يكفر وتبين زوجته[1] .

٤ — النسيان :

وهو عدم تذكر الشيء وقت الحاجة إليه .

واختلفوا في الفرق بين السهو والنسيان ، والمعتمد أنهما مترادفان[2].

وقد اتفق العلماء على أنه مسقط للإثم للحديث الحسن ( إن الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[3] .

---

(١) الدر المختار وحاشيته رد المحتار من كتاب الإكراه حـ ٥/٨٣ وما بعدها وشرح القواعد الفقهية ص ١٥٨ — ١٥٩

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٠٢

(٣) ابن ماجه في الطلاق ، باب المكره والناسي حـ١ /٦٥٩ رقم =

ومن تيسيراته :

(ا) أنه لو وقع فيما يوجب عقوبة ، كان شبهة فى إسقاطها .

(ب) لو نسى المديون الدين حتى مات ، فإن كان ثمن مبيع ، أو قرضا لم يؤخذ به ، وإن كان غصبا يؤاخذ به .

والناسى والعامد فى اليمين سواء ، وكذا فى الطلاق لو قال : زوجتى طالق ناسيا أن له زوجة ، وكذا فى محظورات الإحرام .

ولا تأثير للنسيان على الحنث فى التعليق ، فلو علق على فعل شىء ثم فعله ناسيا التعليق ؛ فإنه يقع[1] .

٥ - الجهل :

وهو عدم العلم عمن شأنه العلم . فإن قارن اعتقاد النقيض فهو مركب وهو المراد بالشعور بالشىء على خلاف ما هو به ، وإلا فبسيط وهو المراد بعدم الشعور وأقسامه أربعة :

الأول : جهل باطل لا يصلح عذرا فى الآخرة ؛ كجهل الكافر بصفات الله تعالى ، وأحكام الآخرة ، وجهل صاحب الهوى ، وجهل الباغى حتى يضمن مال العدل إذا أتلفه وجهل من خالف فى اجتهاده الكتاب أو السنة المشهورة والإجماع كالفتوى ببيع أمهات الأولاد .

---

= ٢٠٤٥ والبيهقى فى السنن الكبرى فى الخلع والطلاق ، باب ما جاء فى طلاق المكره ج٧/٣٥٦ والدارقطنى فى سننه ج١٧٠/٤ والحاكم فى المستدرك على الصحيحين فى الطلاق ج١٩٨/٢ وقال: هذا صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبى .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٠٢-٣٠٣

والثانى : الجهل فى موضع الاجتهاد الصحيح أوفى موضع الشبهة وأنه يصلح عذرا وشبهة كالمحتجم إذا أفطر على ظن أنها فطرته . وكمن زنى بجارية والده أو زوجته على ظن أنها تحل له .

والثالث : الجهل فى دار الحرب من مسلم لم يهاجر وأنه يكون عذرا ، ويلحق به .

والرابع : وهو جهل الشفيع ، وجهل الأمة بالإعتاق ، وجهل البكر بنكاح الولى ، وجهل الوكيل والمأذون بالإطلاق وضده .

وهو — الجهل — قد يجلب التيسير ، ومن تيسيراته :

١ — ما لو باع الأب أوالوصى ، ثم ادعى أنه وقع بغبن فاحش وقال لم أعلم فإنه يقبل .

٢ — إذا قبلت المرأة الخلع من زوجها ، ثم ادعت أنه كان طلقها ثلاثا قبل الخلع وبرهنت ، فإنها تسترد البدل ويغتفر تناقضها الواقع فى اقدامها على الاختلاع ، ثم دعواها الطلاق ، لأن الطلاق فعل الغير ، فإن الزوج يستبد به بدون علمها فكانت معذورة .

٣ — ما لو جهل الوكيل أو القاضى بالعزل ، أو المحجور عليه بالحجر فإن تصرفهم صحيح إلى أن يعلموا بذلك .

٤ — ما لو جهل الشفيع بالبيع فإنه يعذر فى تأخير طلب الشفعة .

٥ — ما لو جهلت الزوجة الكبيرة أن إرضاعها لضرتها الصغيرة مفسد للنكاح لاتضمن المهر .

٦ — لو أجاز الورثة الوصية ، ولم يعلموا ما أوصى به الميت ، لم تصح إجازتهم .

٧ — الوكيل بقضاء الدين إذا قضاه بعد ما وهب الدائن الدين من المديون جاهلا بالهبة، فإنه لا يضمن.

٨ — ما لو كان فى المبيع ما يشتبه على الناس كونه عيبا، واشتراه المشترى عالما به، ولم يعلم أنه عيب، ثم علم أنه عيب، فإن له رده، ولا يعد اطلاعه عليه حين الشراء رضا بالعيب.

٩ — إذا عفا بعض الورثة عن القاتل عمدا، ثم قتله الباقى، فإن علم إن عفو البعض مسقط القصاص، فإنه يقتص منه، وإلا فلا، لأن هذا مما يشكل على الناس.

١٠ — أن أسلم فى دار الحرب ولم تبلغه أحكام الشريعة فتناول المحرمات جاهلا حرمتها فإنه معذور.

٦ — العسر وعموم البلوى[١] :

١ — الصلاة مع النجاسة المعفو عنها، كدم القروح والدمامل والبراغيث، وطين الشارع، وذرق الطيور إذا عم المساجد.

٢ — وعدم وجوب الصلاة على الحائض، لتكررها، بخلاف الصوم.

---

(١) المقصود بعموم البلوى فى أمر ما أنه لو ثبت لاشتهر وعم العلم به (أصول السرخسى جـ ١/ ٣٦٨، وعلى هذا فإن ما تعم به البلوى يكثر وقوعه، فيكثر السؤال عنه، وما يكثر السؤال عنه يكثر الجواب عنه فيقع التحدث به كثيراً، وينقل نقلا مستفيضا ذائعا فإذا لم ينقل مثله دل ذلك على فساد أصله. (أصول السرخسى جـ١/ ٣٦٨ — ٣٦٩).

٣ — ومشروعية الكفارة فى الظهار واليمين وتيسيرا على المكلفين لما فى التزام ذلك من المشقة عند الندم .

٤ — وإسقاط الإثم عن المجتهدين والتيسير عليهم بالاكتفاء بالظن، ولو كلفوا الأخذ باليقين لشق ، وعلة تيسر الوصول إليه .

٥ — ومشروعية التخيير بين القصاص والدية تيسيرا على الأمة على الجانى والمجنى عليه ، وكان فى شرع موسى عليه السلام القصاص متحتما ولا دية .

وتوسع الحنفيون فى ذلك وقالوا :

٦ — إنه يجوز بيــع الوفاء — الأمانة — والمزارعة والمساقاة والإجارة ، ولهذا لا تجوز إجارة العين بمنفعة عين مثلها،ولا عقد الإجارة على منفعة غير مقصودة لعدم تحقق العسر والبلوى .

٧ — إباحة النظر للطبيب والشاهد والخاطب للمرأة الأجنبية .

ووسع أبو حنيفة فى العبادات كلها :

فلم يقبل أحاديث الجهر بالبسملة ، لعموم البلوى بها .

— فلم يقل إن مس المرأة والذكر ناقض للوضوء ، لأن الاعتماد فيه على حديث بسرة بنت صفوان .

— ولم يشترط النية فى الطهارة ولا الدلك .

— ولم يشترط مقارنة النية للتكبير .

— ولم يعين من القرآن شيئا ، حتى الفاتحة عملا بقوله تعالى :

( فاقرءوا ما تيسر من القرآن )[1] ، والتعيين بحيث لايجوز غيره عسر .

— وأسقط القراءة عن المأموم ، بل منعه منها شفقة على الإمام ودفعاً للتخليط عنه .

— ولم يخص تكبيرة الافتتاح بلفظ ، وإنما جوزها لكل ما يفيد التعظيم .

— وأسقط نظم القرآن عن المصلى ، بجوزه بالفارسية تيسيراً على الخاشعين[2] .

---

(١) سورة المزمل / ٢٠

(٢) قال الإمام السرخسى فى المبسوط جـ ١ / ٣٧

[ وإذا قرأ فى الصلاة بالفارسية جاز عند أبى حنيفة ، ويكره عندهما — يعنى أبا يوسف ومحمدا — لايجوز إذا كان يحسن العربية ، وإذا كان لايحسنها يجوز .

وعند الشافعى رضى الله عنه : لاتجوز الفارسية بحال ، ولكنه إذا كان لايحسن العربية ، وهو أمى ، يصلى بغير قراءة ، وبعد ذلك ذكر السرخسى تعليل كل منهم .

وقال الشافعى رحمه الله : إن الفارسية غير القرآن ، قال الله تعالى : ( إنا جعلناه قرآنا عربيا ) سورة الزخرف / ٣

وقال الله تعالى : ( ولو جعلناه قرآنا أعجميا لقالوا لولا فصلت آياته ) سورة فصلت / ٤٤

وقال أبو يوسف ومحمد : القرآن معجز ، والإعجاز فى النظم والمعنى ، فإذا قدر عليهما فلايتأدى الواجب إلا بهما وإذا عجز عن النظم أتى بما قدر عليه ، كمن عجز عن الركوع والسجود يصلى بالإيماء . =

— وأسقط فرض الطمأنينة فى الركوع والسجود تيسيراً .

— وأسقط لزوم التفـــريق على الأصناف الثمانية فى الزكاة وصدقة الفطر .

— وجوز تأخير النية فى الصوم ، وعدم التعيين لصوم رمضان .

— ولم يجعل للحج إلا ركنين : الوقوف بعرفة ، وطواف الزيارة،

---

= وأبو حنيفة رحمه الله تعالى استـــدل بما روى أن الفرس كتبوا إلى سلمان رضى الله عنه أن يكتب لهم الفاتحة بالفارسية ، فكانوا يقرءون بها فى الصلاة ، حتى لانت ألسنتهم للعربية، ثم عند أبى حنيفة رحمـــه الله إنما يجـــوز بالفارسية إذا كان يتقن معنى العربية أما حادثه سلمان رضى الله عنه فإنها لو صحت لكانت تدل على أنه تجوز الصلاة بالفارسية لمن لم يعرف العربية إلى أن يلين لسانه للعـــربيه فيتركها ، فهى ضرورة تقدر بقدرها ، ومثلها مثل العاجز عن الركوع والسجود ، كما هو مروى عن الصاحبين :

على أن الإمام البزدوى قد أنكر ما نسب إلى أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى هذه المسألة، وقال إن الصحيح هو موافقته لرأى عامة العلماء ، فى أن القرآن هو اللفظ والمعنى جميعا ، وبهما يتحقق الإعجاز ( أصول البزدوى ح١/٢٣ — ٢٢٥ طبعة الاستقامة .

وجاء فى الهداية ح١/٢٠ طبع الأميرية التى مع فتح القدير :

ويروى برجوعه فى أصل المسألة ، أما قولهما ، وعليه الاعتماد فلا تصح القراءة بالفارسية للقادر على العربية .

وجاء فى كشف الأسرار ح١/٢٥ طبعة الآستانة :( وقد صح رجوعه إلى قول العامة، رواه نوح بن سهم عنه ، ذكره المصنف فى شرح المبسوط وهو اختيار القاضى أبى زيد ، وعامة المحققين ) .

ولم يشترط الطهارة له والستر، ولم يجعل السبعة كلها أركانا، بل الأكثر .

— ولم يوجب العمرة فى العمره كل ذلك للتيسير على المؤمنين .

— ومن ذلك : الإبراد بالظهر(١) فى شدة الحر، ومن ثم لا يستحب الإبراد فى الجمعة، لاستحباب التبكير إليها .

— وترك الجماعة للمطر والجمعة بالأعذار المعروفة .

— وأسقط أبو حنيفة رحمه الله تعالى عن الأعمى الحج والجمعة، وإن وجد قائداً دفعاً للمشقة عنه .

— وعدم وجوب قضاء الصلوات على الحائض لتكررها، بخلاف الصوم وبخلاف المستحاضة لندور ذلك .

— وسقوط القضاء على المغمى عليه إذا زاد على يوم وليلة . وعن المريض عن الإيماء بالرأس .

— وجواز صلاة الفرض فى السفينة قاعداً مع القدرة على القيام، لخوف دوران الرأس .

— وجواز تقدم النية على الشروع فى الصلاة إذا لم يفصل أجنبى .

— وتقدم النية على الصوم فى الليل وتأخرها عن طلوع الفجر إلى ماقبل نصف النهار الشرعى دفعاً للمشقة عن جنس الصائمين ، لأن الحائض تطهر بعده .

— أن المنفرد برؤية الهلال إذا كانت السماء مصحية لا تثبت شهادته لعموم البلوى به وتوافر الدواعى على روايته .

---

(١) الإبراد بالظهر : تأخيره حتى تسكن شدة الحر .

— جواز النكاح من غير نظر ، لما فى اشتراطه من المشقة التى لا يتحملها كثير من الناس فى بناتهم وأخواتهم ، من نظر كل خاطب ، فناسب التيسير ، فلم يكن فيه خيار رؤية ، بخلاف البيع ، فإنه يصح قبل الرؤية ، وله الخيار لعدم المشقة،ومن ثم قلنا إن الأمر إيجاب فى النكاح بخلاف البيع ، ومن هنا وسع فيه أبو حنيفة رحمه الله تعالى ، فجوزه بلا ولى ومن غير اشتراط عدالة الشهود ، ولم يفسده بالشروط المفسدة ، ولم يخصه بلفظ النكاح والتزويج ، بل قال : ينعقد بما يفيد ملك العين للحال ، وصححه بحضور ابنى العاقدين وناعسين وسكارى يذكرونه بعد الصحو ، وبعبارة النساء ، وجوز شهادتين فيه ، فانعقد بحضرة رجل وامرأتين ، كل ذلك دفعاً لمشقة الزنا ، وما يترتب عليه ، ومن هنا قيل . عجبت لحنفى يزنى .

— ومنه إباحة أربع نسوة، فلم يقتصر على واحدة تيسيراً على الرجل، وعلى النساء أيضاً ، لكثرتهن ، ولم يزد على أربعة لما فيه من المشقة على الرجل فى القسم وغيره .

— ومنه مشروعية الطلاق لما فى البقاء على الزوجية من المشقة عند التنافر ، وكذا مشروعية الخلع والافتداء والرجعة فى العدة قبل الثلاث ، ولم يشرع دائماً لما فيه من المشقة على الزوجة .

— ومنه وقوع الطلاق على المولى بمضى أربعة أشهر دفعاً للضرر عنها .

— ومنه مشروعية الكفارة فى الظهار واليمين تيسيراً على المكلفين وكذا التخيير فى كفارة اليمين لتكررها ، بخلاف بقية الكفارات لندرة وقوعها .

— أن خيار المجلس لا يثبت فى عقود المعاوضات لعموم البلوى به .

— ومشروعية التخيير فى نذر معلق بشرط لايراد كونه من كفارة اليمين والوفاء بالمنذور على ما عليه الفتوى ، وإليه رجع الإمام قبل موته بسبعة أيام .

— ومنه مشروعية الوصية عند الموت ليتدارك الإنسان ما فرط منه حال حياته ، وصرح فى الثلث دون مازاد عليه دفعاً لضرر الورثة ، حتى أجزناها بالجميع عند عدم الوارث ، وأوقفناها على إجازة بقية الورثة إذا كانت لوارث .

وأبقينا التركة على ملك الميت حكماً حتى تقضى حوائجه منها رحمة عليه ، ووسعنا الأمر فى الوصية فجوزناها بالمعدوم ولم نبطلها بالشروط الفاسدة .

ومن أمثلة العسر وعموم البلوى فى الفقه الشافعى :

• الصلاة مع النجاسة المعفو عنها، كدم القروح والدمامل والبراغيث والقيح والصديد ، وقليل دم الأجنبى ، وطين الشارع وأثر نجاسة عسر زواله ، وذرق الطير إذا عم فى المساجد والمطاف وما يصيب الحب فى الدوس من روث البقر له .

• ومن ذلك العفو عما لايدركه الطرف ومالا نفس له سائلة، وريق النائم ، وفم الهرة .

• ومن ذلك مشروعية الاستجمار بالحجر .

• وإباحة الاستقبال والاستدبار فى قضاء الحاجة فى البنيان .

• ومس المصحف للصبى المحدث ، ومن ثم لايباح له إذا لم يكن متعلماً .

• وجواز المسح على العمامة لمشقة استيعاب الرأس .

• ومسح الخف فى الحضر لمشقة نزعه فى كل وضوء ، ومن ثم وجب نزعه فى الغسل لعدم تكرره .

• وأنه لا يحكم على الماء بالاستعمال مادام متردداً على العضو ، ولا بغيره التغيير بالمكث والطين والطحلب ، وكل مايعسر صونه عنه .

• وإباحة الأفعال الكثيرة والاستدبار فى صلاة شدة الخوف .

• وإباحة النافلة على الدابة فى السفر ، وفى الحضر على وجه ، وإباحة القعود فيهما مع القدرة .

• وكذا الاضطجاع والإبراد بالظهر فى شدة الحر ، ومن ثم لا إبراد بالجمعة لاستحباب التبكير إليها .

• والجمع فى المطر وترك الجمعة بالأعذار المعروفة .

— وعدم وجوب قضاء الصلاة على الحائض لتكررها بخلاف الصوم ، وبخلاف المستحاضة ، لندرة ذلك .

— وأكل الميتة ومال الغير مع ضمان البدل إذا اضطر .

— وأكل الولى من مال اليتيم بقدر أجرة عمله إذا احتاج .

— وجواز تقديم نية الصوم على أوله ، ونية صوم النفل بالنهار .

— وإباحة التحلل من الحج بالإحصار والفوات .

— ولبس الحرير للحكة والقتال .

— وبيع الرمان والبيض فى قشره ، والموصوف فى الذمة وهو السلم ، مع النهى عن بيع الغرر .

— والاكتفاء برؤية ظاهر الصبرة وأنموذج المتماثل .

— مشروعية الخيار لما كان البيع يقع غالباً من غير ترو ، ويحصل فيه الندم ، فيشق على العاقد ، فيسهل الشارع ذلك عليه بجواز الفسخ فى مجلسه ، وشرع له أيضاً ثلاثة أيام .

— ومشروعية الرد بالعيب ، والتحالف ، والإقالة ، والحوالة ، والرهن ، والضمان ، والإبراء والقرض والشركة والصلح ، والحجر والوكالة والمزارعة والمساقاة ، والقراض والوديعة ؛ للمشقة العظيمة فى أن كل أحد لاينتفع إلا بما هو ملكه ، ولا يستوفى إلا ممن عليه حقه ، ولا يأخذه إلا بكماله ، ولا يتعاطى أموره إلا بنفسه . فسهل الأمر بإباحة الانتفاع بملك الغير بطريق الإعارة أو الإجارة أو القراض ، وبالاستعانة بالغير وكالة وإيداعاً ، وشركة وقراضا ، ومساقاة ، وبالاستيفاء من غير المديون حوالة وبالتوثيق على الدين برهن وضامن وكفيل ، وحجر ، وبإسقاط الدين صلحاً ، أو كله إبراء .

— ومن التخفيف : جواز العقود الجائزة ، لأن لزومها يشق ، ويكون سبباً لعدم تعاطيها ، ولزوم اللازم ، وإلا لم يستقر بيع ولاغيره .

— ومنه إباحة النظر عند الخطبة ، وللتعليم ، والإشهاد والمعاملة والمعالجة .

— ومنه جواز العقد على المنكوحة من غير نظر لما فى اشتراطه من المشقة التى لا يحتملها كثير من الناس فى بناتهم وأخواتهم من نظر كل خاطب ، فناسب التيسير لعدم اشتراطه بخلاف المبيع فإن اشتراط الرؤية فيه لا يفضى إلى عسر ومشقة .

— إباحة أربع نسوة فلم يقتصر على واحدة تيسيرا على الرجال وعلى النساء أيضا ، لكثرتهن ولم يزد على أربع ، لما فيه من المشقة على الزوجين في القسم وغيره .

— ومشروعية الطلاق ، لما في البقاء على الزوجية من المشقة عند التنافر .

— وكذا مشروعية الخلع والافتداء ، والفسخ بالعيب ، والرجعة في العدة لما كان الطلاق يقع غالبا بغتة في الخصام والحرج ويشق عليه التزامه فشرعت له الرجعة في تطليقتين .

ولم يشرع دائما لما فيه من المشقة على الزوجة إذا قصد إضرارها بالرجعة والطلاق كما كان ذلك في الجاهلية وأول الإسلام ثم نسخ .

— ومنه مشروعية الإجبار على الوطء ، أو الطلاق في المولى .

— ومنه مشروعية الكفارة في الظهار واليمين تيسيرا على المكلفين ، لما في التزام موجب ذلك من المشقة عند الندم .

وكذا مشروعية التخيير في كفارة اليمين لتكرره ، بخلاف كفارة الظهار والقتل ، والجماع لندور وقوعها ، ولأن المقصود الزجر عنها .

— ومنه مشروعية التخيير بين القصاص والدية تيسيراً على هذه الأمة على الجاني والمجني عليه ، وكان في شرع موسى عليه السلام وعلى نبينا أفضل التحية والتسليم القصاص متحتما ولا دية .

— ومنه مشروعية الوصية عند الموت ، ليتدارك الإنسان ما فرط

---

(١) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للسيوطي ص ٧٩ — ٨٠

منه فى حال الحياة ، ويسمح له فى الثلث دون ما زاد عليه دفعاً لضرر الورثة ، لحصل التيسير ودفع المشقة فى الجانبين .

— ومنه إسقاط الإثم عن المجتهدين فى الخطأ والتيسير عليهم بالاكتفاء بالظن ولو كلفوا الأخذ باليقين لشق وعسر الوصول إليه .

٧ — سابعها : النقص :

وهو نوع من المشقة ، إذ النفوس مجبولة على حب الكمال ، فناسبه التخفيف فى التكليفات ، وذلك كالصغر ، والجنون ، والأنوثة والرق .

— فالأولان — الصغر والجنون — يجلبان التخفيف عن الصغير والمجنون لصوم تكليفهما أصلا .

— وأما التخفيف على النساء فنه عدم تكليف النساء بكثير مما — يجب على الرجال : كالجماعة ، والجمعة . والجهاد ، وتحمل الدية إذا كان القاتل غيرها ، وإباحة لبس الحرير وحلى الذهب .

— وأما الرقيق فالتخفيف عليهم يتمثل فى عدم تكليفهم بكثير مما على الأحرار ، لكونه على النصف من الحر فى الحدود والعدد .

تخفيفات الشرع سبعة أنواع :

* الأول : تخفيف إسقاط ، كإسقاط العبادات[1] ، عند وجود أعذارها .

* الثانى : تخفيف تنقيص ، كالقصر فى السفر .

---

(١) من ذلك إسقاط الجمعة والحج والعمرة ، والجهاد بالأعذار .

• الثالث : تخفيف إبدال ، كابدال الوضوء والغسل بالتيمم ، والقيام في الصلاة بالقعود والاضطجاع ، أو الإيماء ، والصيام بالإطعام .

• الرابع : تخفيف تقديم كالجمع بعرفات وتقديم الزكاة على الحول ، وزكاة الفطر في رمضان ، وقبله على الصحيح بعد تملك النصاب في الأول ووجود الرأس بصفة المؤنة والولاية في الثاني . والكفارة على الحنث .

• الخامس : تخفيف تأخير ، كالجمع بمزدلفة ، وتأخير رمضان للمريض والمسافر ، وتأخير الصلاة عن وقتها في حق مشتغل بإنقاذ غريق ونحوه .

• السادس : تخفيف بترخيص ، مثل : صلاة المستجمر مع بقية النجو وشرب الخمر للغصة ، وأكل النجاسة للتداوي .

• السابع تخفيف تغيير : كتغيير نظم الصلاة للخوف .

## القواعد المتفرعة على قاعدة المشقة تجلب التيسير

ومن القواعد المتفرعة على القاعدة السابقة — المشقة تجلب التيسير .

● إذا ضاق الأمر اتسع[1] .

هذه القاعدة من جزئيات القاعدة السابقة — المشقة تجلب التيسير — يعني إذا ظهرت مشقة في أمر يرخص فيه ويوسع ، وهي من قول الإمام الشافعي رضي الله عنه .

وقد عكسها الفقهاء أيضا فقالوا : إذا اتسع الأمر ضاق .

وجمع بينهما بعض الفقهاء بقوله : كل ما يجاوز عن حده انعكس إلى ضده .

وعلى هذا فإنه إذا دعت الضرورة والمشقة إلى اتساع الأمر ، فإنه يتسع إلى غاية اندفاع الضرورة والمشقة ، فإذا اندفعت وزالت الضرورة الداعية عاد الأمر إلى ما كان عليه قبل نزوله .

ومن مسائل تلك القاعدة كل ما كان التيسير فيه مؤقتاً ، ومن جملة ما تفرع عليها ما يأتي :

١ — جواز دفع السارق والباغي ما أمكن إلى أن يندفع شره ، ولو بالقتل ، ولذا قال سيدنا علي كرم الله وجهه: ولا تتبعوا موليا ، ولا تجهزوا على جريح ، لأن القصد من القتال كان دفع الضرر وقد حصل بهربه أو جرحه فلا يجوز الزيادة عليه ، لأن ما جاز لعذر امتنع بزواله .

---

(١) هذا في معنى : الضرورات تبيح المحظورات .

(ب) وجوب إنظار المعسر إلى الميسرة .

( حـ ) وجوب طعن المزكى فى الشهود ، وطعن المحدث فى الرواة .

(د) وجواز قبول شهادة الأمثل فالأمثل عند فقد العدالة ، أو ندرتها .

(هـ) وعدم وجوب الخروج على الإمام الجائر إذا كان متغلبا ، وفى الخروج عليه مفسدة .

وقد أجاب الشافعى رضى الله عنه بهذه القاعدة — إذا ضاق الأمر اتسع — فى ثلاثة مواضع :

● أحدها : فيما إذا فقدت المرأة وليها فى سفر ، فولت أمرها رجلا يجوز .

قال يوسف بن عبد الأعلى : فقلت له : كيف هذا ؟ قال : إذا ضاق الأمر اتسع .

● الثانى : فى أوانى الخزف المعمولة بالسرجين ؟ أيجوز الوضوء منها فقال : إذا ضاق الأمر اتسع .

● الثالث : أن الشافعى سئل عن الذباب يجلس على غائط ، ثم يقع على الثواب؟ فقال: إن كان فى طيرانه مايجف فيه رجلاه ، وإلا فالشىء إذا ضاق اتسع .

وقال ابن أبى هريرة[1] : وضعت الأشياء فى الأصول على أنها إذا ضاقت اتسعت وإذا اتسعت ضاقت .

---

(١) الحسن بن الحسين ، المكنى بأبى على ، المعروف بابن أبى هريرة انتهت إليه رئاسة الشافعية ببغداد وتتلمذ على أبى العباس بن سريج ت ٣٤٥ هـ .

طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ٦١ وتاريخ بغداد جـ ٧/ ٢٩٨

ألا ترى أن قليل العمل فى الصلاة لما اضطر إليه ، سوح به ، وكثيره لما لم يكن به حاجة لم يسامح به . وكذلك قليل البراغيث وكثيره .

وجمع الغزالى بين القاعدتين بقوله : كل ما تجاوز عن حده انعكس إلى ضده .

ونظير هاتين القاعـــدتين — إذا ضاق الأمر اتسع ، وإذا اتسع ضاق — فى التعاكس قولهم :

— يغتفر[1] فى الدوام مالا يغتفر فى الابتداء .

— وقولهم : يغتفر فى الابتداء مالا يغتفر فى البقاء[2] .

يغتفر فى البقاء مالا يغتفر فى الإبتداء :

يغتفر : أى قد يتسامح ويتساهل .

فى البقاء : أى فى خلال الأمر وأثناءه .

مالا يغتفر فى الإبتداء : وذلك لأن البقاء أسهل من الابتداء .

ومن أجل هذا كان الاستصحاب يكفى حجة للدفع لا للاستحقاق ، لأن الدفع عبارة عن : استيفاء وتقرير ما كان عليه .

والاستحقاق : نزع وابتداء .

ورفع الأول أسهل ، فاكتفى فيه بالاستصحاب حجة ، بخلاف الثانى فإنه أهم ، فلابد فيه من البينة ، فقد قال أبو يوسف رحمه الله تعالى فى كتاب الخراج : لاينزع شىء من يد أحد إلا بحق ثابت معروف .

---

(١) يغتفر : يتسامح .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٢—٨٣ .

ومن الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة ما يأتي :

— ما لو وقفت حصة شائعة ، قابلة للقسمة ، فإنه لا يصح .

ولكن إذا وهب عينا بتمامها ، ثم استحق جزء شائع منها ، أو رجع الواهب فى جزء منها شائع لا تفسد الهبة فى الباقى ، وإن كان شائعاً يقبل القسمة .

— ولو أجر مشاعاً ، فإنه لا يصح ، سواء كان يقبل القسمة أولا . ولكن لو طرأ الشيوع بعد العقد بأن أجر عقارا بتمامه ، ثم استحق جزء منه شائع ، أو تفاسخ العاقدان الإجارة فى بعض شائع منه تبقى الإجارة فى الباقى ، وإن كان شائعاً .

— ومن ذلك أن الوكيل بالبيع لا يملك التوكيل بدون إذن موكله ، أو تفويضه .

ولكن إذا باع فضولى عنه ، فبلغه ، فأجاز جاز مع أن الإجارة اللاحقة كالوكالة السابقة ، ولا ترد الوكيل بالشراء ، حيث لا تصح إجازته لشراء الفضولى ، لأن الشراء لا يتوقف ، فإنه إذا لم يجد نفاذا على المعقود له نفذ على العاقد ، ونفاذه على العاقد ، وهو هنا الفضولى ملكه ، فلا ينتقل ملكه بإجازة الوكيل .

## ٤ ـ الضرر يُزال

- أصل هذه القاعدة .
- ما ابتنى على هذه القاعدة من أبواب الفقه .
- القواعد المتفرعة على تلك القاعدة .

١ ـ الضرر يُزال .

٢ ـ الضرر لا يُزال بالضرر .

٣ ـ الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف .

٤ ـ يتحمل الضرر الخاص ، لدفع الضرر العام .

٥ ـ درء المفاسد أولى من جلب المصالح .

٦ ـ الضرر لا يكون قديما .

## ٤ – الضرر يزال

أصل هذه القاعدة قوله ﷺ : ( لاضرر ولا ضرار[1]) .

والضرر : إلحاق المفسدة بالغير مطلقاً .

والضرار : — بكسر الضاد — مقابلة الضرر بالضرر على وجه المقابلة له ، من غير تقييد بقيد الاعتداء بالمثل والانتصار للحق ، وهذا أليق بلفظ الضرار ، إذ الفعال ، مصدر قياسى لفاعل الذى يدل على المشاركة .

وعلى هذا فإن هذه القاعدة تعتبر ركنا من أركان الشريعة الإسلامية ، وهى أساس لمنع الضرر الخاص والعام ، كما يتناول ذلك دفعه قبل الوقوع بطريق الوقاية الممكنة ، ودفعه بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التى تزيل آثاره وتمنع تكراره .

كما تدل هذه القاعدة — أيضا — على وجوب اختيار أهون الشرين ، لدفع أعظمهما ، لأن فى ذلك تخفيفا للضرر ، عندما لا يمكن منعه منعاً قطعياً ، ومن ثم كان إنزال العقوبات المشروعة بالمجرمين لا ينافى هذه القاعدة وإن ترتب عليها ضرر بهم ، لأن فيها عدلا ودفعا لضرر أعظم وأعم .

---

(١) الحاكم فى البيوع ، باب النهى عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة بلفظ : لاضرر ولا ضرار ، من ضار ضره الله . ومالك فى الموطأ فى الأقضية ، باب القضاء فى المرفق ، وابن ماجة فى الأحكام ، باب من بنى فى حقه ما يضر جاره . ومجمع الزوائد فى البيوع ، باب لاضرر ولا ضرار .

وعلى هذا فإنه يمكن القول بأن تلك القاعدة مقيدة بغير ما أذن به الشرع من الضرر، كالقصاص والحدود، وسائر العقوبات، والتعازير لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، على أنها فى الحقيقة لم تشرع إلا لدفع الضرر أيضاً.

**ما ابتنى على هذه القاعدة من أبواب الفقه:**

**وهذه القاعدة يبنى عليها كثير من أبواب الفقه، ومن ذلك:**

— الرد بالعيب.

— جميع أنواع الخيارات — خيار الغبن وخيار العيب وخيار تفرق الصفقة.

— إفلاس المشترى.

— الحجر بأنواعه، فإنه شرع توقيا من وقوع الضرر بإلغائه تارة لذات المحجور عليه وتارة لغيره.

— الشفعة، لأنها شرعت لدفع ضرر القسمة، أو لدفع ضرر جار السوء.

— والقصاص.

— والحدود.

— والكفارات.

— وضمان المتلف.

— ونصب القضاة.

— ودفع الصائل.

— وقتال المشركين وقتال البغاة.

— وفسخ النكاح بالعيوب[1] ، أو الإعسار ، أو غير ذلك .

— لو انتهت مـــدة الإجارة قبل أن يستحصد الزرع تبق فى يد المستأجر بأجرة المثل حتى يستحصد ، منعاً لضرر المستأجر بقلع الزرع قبل أوانه .

— اتخاذ السجون ، وجعلها على صورة مضجرة لا يمكن فيها المسجون من بسط فراش ولا غطاء ، ولا يمكن أحد من الدخول عليه للاستئناس ، وهو من العقوبات العظيمة المقرون بالعذاب الأليم قال الله تعالى ( إلا أن يسجن أو عذاب أليم[2] ) فإن من يعلم من الدعار وأهل الفساد أن مثل هذا السجن واقف له بالمرصاد يرتدع ويكف أذاه عن الناس .

على أن السجن منفعة أخرى إلى جانب ذلك ، وهى وقاية المجرم من إضرار الحاكم به إذا عاقبه فى وقت غضبه ، فإن الحاكم ممنوع شرعا من معاقبة المجرم وقت غضبه لئلا يجاوز فى عقوبته الحد الكافى لزجر .

---

(١) العيوب التى يثبت بها الخيار للزوجين معا : البرص أو الجذام أو الجنون . وأما العيوب التى يثبت بها الخيار للزوجة وحدها فهى : خصاء الزوج الذى قطع ذكره وأنثياه معا وفى هذه الحالة يسمى مجبوبا : وعنته أى صغر ذكره .

وأما العيوب التى يثبت بها الخيار للزوج فهى :

• قرن الزوجة وهو بروز شىء فى فرجها يشبه قرن الشاة . فإن كان لحماً أمكن علاجه ، وإن كان عظما فلا .

• ورتقها وهو انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكنه الجماع .

• وبخر فرجها أى نتنه .

• وعفلها — بفتح العين أى بروز لحم فى قبلها .

• وإفضاؤها أى اختلاط مسلك الذكر والبول منها .

(٢) سورة يوسف / ٢٥ .

— حبس الموسر إذا امتنع من الإنفاق على أولاده أو قريبه المحرم ، وجواز ضربه فى الحبس إذا أصر على الامتناع ، توقيا من وقوع الضرر بأولاده أو أقربائه الفقراء(١) .

— لو حدث للظئر(٢) أثناء مدة الإجارة عذر يسوغ لها فسخ الإجارة، وكان الصغير لم يعد يأخذ ثدى غيرها . ولم يستغن بالطعام ، فإنها تمنع من فسخها توقيا من حصول ضرر الصغير(٣) .

— لو اشترى شيئاً وأجره ، ثم اطلع على عيب فيه قديم ، يعتبر هذا عذراً له يسوغ له فسخ الإجارة ، ليتمكن من رده على بائعه إزالة للضرر عن نفسه ، والإجارة تفسخ بالأعذار(٤) .

— لو أعار شيئاً ليرهنه المستعير ، فرهنه بدين عليه ، ثم أراد المعير استرداده ، فله أن يدفع الدين للمرتهن ، ويأخذ العين المرهونة . ولا يعد متبرعا ، بل يرجع بما دفع على الراهن المستعير .

وكذلك ما لو رهن الأب بدين عليه مال ولده الصغير الذى تحت ولايته فبلغ الصغير ، فله أن يقضى دين أبيه . ويفك الرهن ولا يكون متبرعا ، بل يرجع على أبيه بجميع ما قضاه عنه(٥) .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم باب القضاء

(٢) فى القاموس : الظئر : العاطفة على غيرها المرضعة له فى الناس وغيرهم ، للذكر والأنثى

(٣) رد المحتار على الدر المختار كتاب الطلاق مطلب فى إرضاع الصغير جـ٢/٦٧٥ وباب الإجارة الفاسدة جـ ٥/٢٨

(٤) السابق حاشية ابن عابدين — كتاب البيوع — فى خيار البيوع جـ٤/٢٢٠

(٥) بدائع الصنائع للكاسانى — الرهن جـ ٥/١٣٥

القواعد المتفرعة على تلك القاعدة ما يأتى :

هذه القاعدة مع التى قبلها متحدة ، أو متداخلة ، وتتعلق بها قواعد :

١ - الضرر يزال :

معنى هذه القاعدة أن الضرر تجب إزالته ، وتفرع على تلك القاعدة ما يأتى :

- إذا طالت أغصان شجرة لشخص ، وتدلت على دار جاره ، فأضرته فإنه يكلف برفعها ، أو قطعها .

- وجوب الوقاية والتداوى من الأمراض[1] .

- قتل الضار من الحيوان .

- إذا سلط إنسان ميزابه على الطريق العام ، بحيث يضر المارين فإنه يزال ، وكذلك إذا تعدى على الطريق العام ببناء أو غيره .

٢ - الضرر لا يزال بالضرر :

الضرر لا يزال بالضرر ، ولا بما هو فوقه بالأولى ، بل بما هو دونه وهذه القاعدة مقيدة لقولهم : الضرر يزال ، أى لا بضرر[2] .

---

(١) قال ﷺ « لكل داء دواء ، فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله عز وجل » صحيح مسلم جـ ١٧٢٩/٤

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧

ومن فروع هذه القاعدة ما يأتى :

— عدم وجوب العمارة على الشريك ، وإنما يقال لمريدها أنفق ، واحبس العين إلى استيفاء قيمة البناء ، أو ما أنفقته .

— إذا امتنع الراهن عن الإنفاق على العين المرهونة ، فإنه لا يجبر على الإنفاق ، لأن الإنسان لا يجبر للانفاق على ملكه ، ولكن لما تعلق حق المرتهن بماليتها وحبس عينها ، ولا يمكن ذلك بدون الإنفاق عليها لتبقى عينها ، فإن الحاكم يأذن للمرتهن بالإنفاق عليها . ليكون ماينفقه دينا على الراهن .

— إذا كان الضرر لا تتيسر إزالته إلا بإدخال ضرر على الغير مثله ولا يمكن جبره ، فإنه يترك على حاله ، وذلك إذا لم يجد المضطر لدفع الهلاك جوعا إلا طعام مضطر مثله ، أو بدن آدمى حى فإنه لا يباح تناولها[1] .

— لا يجوز للإنسان أن يدفع الغرق عن أرضه بإغراق أرض غيره ولا أن يحفظ ماله بإتلاف مال غيره .

---

(١) رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين جـ٥/٣٢٣ ومابعدها كتاب الرهن نقلا عن شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد بن محمد الزرقا ص ١٩٥

٣ — الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف[١] :

هذه القاعدة تصريح بمفهوم المخالفة المستفاد من القاعدة السابقة . ومن أجل هذا فقد قرر الفقهاء ما يأتى :

— فرض النفقة للفقراء على الأغنياء من الأقارب ، لأن ضرر الأغنياء بفرضها أخف من ضرر الفقراء بعدمه .

— إذا بنى مشترى الأرض فيها ، أو غرس ، ثم ظهر لها مستحق ، فإذا كانت قيمةالبناء أكثر ، حق للمشترى أن يتملك الأرض بقيمتها — جبراً على صاحبها المستحق ، والعكس بالعكس .

— لو ابتلعت دجاجة شخص لؤلؤة ثمينة لغيره ، فلصاحب اللؤلؤة أن يتملك الدجاجة بقيمتها ، كى يذبحها ويستخرج لؤلؤته .

٤ — يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام :

— يقتل القاتل لتأمين حياة الناس .

— يقتل قاطع الطريق إذا قتل بأى كيفية كانت بدون ، ولا يقبل عفو عنه من ولى القتيل .

— يهدم الجدار الآيل للسقوط فى الطريق العام .

— يحجر على المفتى الماجن ، والطبيب الجاهل ، والمكارى[٢]

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٨

(٢) المكارى — بضم الميم — هو الذى يتعاقد مع راغبى السفر لنقلهم أو نقل أمتعتهم .

المفلس[1].

— جواز التسعير للحاجيات إذا غلا أربابها فى أثمانها .

— يباع الطعام جبرا على مالكه إذا احتكر واحتاج الناس إليه ، وامتنع من بيعه .

— يمنع اتخاذ حانوت حداد بين تجار الأقمشة .

٥ — درء المفاسد أولى من جلب المنافع :

فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالباً ، لأن اعتناء الشارع الحكيم بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات ، ولذلك قال ﷺ « إذا أمرتكم بشىء فأتوا منه ما استطعتم ، وإذا نهيتكم عن شىء فاجتنبوه »[2] .

ومن فروع ذلك ما يأتى :

— أن المبالغة فى المضمضة والاستنشاق مسنونة وتكره للصائم .

— وأن تخليل الشعر سنة فى الطهارة ويكره للمحرم .

— وقد تراعى المصلحة لغلبتها على المفسدة ، فمن ذلك : الصلاة مع اختلال شرط من شروطها من الطهارة ، أو الستر أو استقبال القبلة ،

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧

(٢) البخارى فى كتاب الاعتصام ، باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ بلفظ قريب منه . ومسلم فى كتاب الفضائل ، باب توقيره ﷺ مع اختلاف فى التقديم والتأخير والنسائى فى مناسك الحج، باب وجوب الحج وابن ماجه فى المقدمة ، باب اتباع سنة الرسول ﷺ

فإن كل ذلك مفسدة ، لما فيه من الإخلال بجلال الله تعالى فى أن لا يناجى إلا على أكمل الأحوال ، ومتى تعذر عليه شىء من ذلك جازت الصلاة بدونه تقديما لمصلحة الصلاة على هذه المفسدة .

ومنه الكذب ، فإنه مفسدة محرمة ، وهو متى تضمن جلب مصلحة تربو عليه جاز كالكذب للإصلاح بين الناس[1] وعلى الزوجة لاصلاحها ، وهذا النوع راجع إلى ارتكاب أخف المفسدتين فى الحقيقة .

— يجب شرعاً منع التجارة بالمحرمات من خمر ومخدرات ، ولو أن فيها أرباحا ومنافع اقتصادية .

— ويمنع مالك الدار من فتح نافذة تطل على مقر نساء جاره ، ولو كان له فيها منفعة .

— وكذا يمنع كل جار من أن يتصرف فى ملكه تصرفا يضر بجيرانه ، كاتخاذ مقصرة ، أو فرن يؤذيان الجيران بالرائحة ، أو الدخان .

— وهذا غاية ما وصل إليه القانون الحديث فى نظرية ( التعسف فى استعمال الحق ) .

— أن كلا من صاحب السفل ، وصاحب العلو ليس له أن يتصرف

---

(١) نجد رسول الله ﷺ يبيح للمسلم فى سبيل الإصلاح أن يقول كلاما لم يقل ، طالما أنه من شأنه أن يزيل النزاع ويحل بدله الوفاق فيقول ﷺ ( ليس الكذاب الذى يصلح بين الناس فينمى خيرا ويقول خيرا ) أخرجه البخارى فى الصلح ، باب ليس الكذاب الذى يصلح بين الناس رقم ٢٥٤٦ ومسلم فى البر والصلة والآداب ، باب تحريم الكذب وبيان المباح منه رقم ٢٦٠٥

( ينمى خيرا ، من نمى الحديث إذا رفعه وبلغه ونقله بين المتخاصمين ).

تصرفا مضرا بالآخر ، وإن كان يتصرف فى خالص ملكه ،وله منفعة [١].

٦ — الضرر لا يكون قديما :

ومعنى ذلك أن الضرر قديمه[٢] ، كحديثه فى الحكم ، أى أن المنافع

(١) مجلة الأحكام العدلية — المادة /١١٩٢ نقلا عن شرح القواعد الفقهية ص ٢٠٥

(٢) القديم فى هذا المقام هو ما لا يوجد وقت التنازع فيه من إدراك مبدئه (ينظر : القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ص١٥٣ ) .

يقول أبو يوسف فى كتابه الخراج :

( إنه لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت معروف ، فلو أنه كان لدار إنسان ميزاب على دار غيره . أو كان له مسيل ، أو بالوعة ، أو ممر فى أرض غيره ،أو تحميل لجذوع داره على جوار جاره من القديم ،فأراد ذلك الغير إزالته ، فليس له ذلك ، بل يحق لصاحبه إبقاؤه ، ولو لم يعرف بأى وجه وضع ،لأن قدمه دليل على مشروعية وضعه، كما لو كان موضوعا فى الأصل لقاء عوض ، أو بطريق القسمة ، ونحــو ذلك من الأسباب المشروعة ، فمنعه ضرر لصاحبه لا مسوغ له ، إذ لو ساغ له ذلك لأدى هذا إلى إهدار معظم الحقوق بعد تقادم عهدها :

وأما إذا أحدث الشخص شيئا من ذلك فى ملك غيره إحداثا معروفا مبدؤه ، فإنه يكلف إثبات سببه ومسوغه الشرعى أو يمنع .

وأما إذا كان الشيء القديم ليس من الأمور المشروعة فى الأصل ،فإنه ضرر يزال ، ولا عبرة لقدمه.

وهذا موضوع هذه القاعدة .

وهذه القاعدة قيد للقاعدة الفقهية التى تقول : القديم يترك على قدمه

والمرافق التى يحترم قدمها ، هى التى تكون ضررا ممنوعا من أصله شرعا، فإذا كانت كذلك ، فإنه يجب إزالتها ، ولا عبرة لقدمها .

— فلو كان لدار ميزاب، أو مجرى أقذار على الطريق مضر بالجماعة، فإنه يزال مهما تقادم ، لأنه غير مشروع فى الأصل ، إذ الشرع لا يقر لأحد بوجه من الوجوه حقا يضر بالعامة .

— وكذا لو كان لإنسان نافذة وطيئة تطل على مقر لنساء جاره فإنها تزال ، ولو كانت قديمة إلا أن تكون دار الجار هى المحدثة تحت المطل[1] .

---

(١) مجلة الأحكام العدلية — المادة /١٢٠٧ بتصرف

## ٥ ـ العادة محكمة

ـ تعريفها ـ الدليل عليها

ـ أنواعها ـ أهميتها

ـ شروطها :

● إن العادة إحدى حجج الشرع فيما لا نص فيه .

● العرف الذى تحمل عليه الألفاظ هو العرف المقارن السابق دون العرف المتأخر الطارىء .

● وأن تكون مقبولة عند الطباع السليمة .

● وأن تكون من الأمور المتكررة الشائعة .

● لا عبرة بالعرف إذا كان بين الطرفين شرط مخالف .

ـ القواعد الفقهية المتفرعة عن هذه القاعدة :

١ ـ استعمال الناس حجة يجب العمل بها .

٢ ـ الممتنع عادة كالممتنع حقيقة .

٣ ـ الحقيقة تترك بدلالة العادة والعرف .

٤ ـ المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

٥ ـ المعروف بين التجار كالمشروط بينهم ( هذه القاعدة فى معنى القاعدة السابقة إلا أن تلك مطلق عرف ، وهذه خاصة ) .

٦ ـ التعيين بالعرف كالتعيين بالنص .

## ٥ – العادة محكمة[1]

تعريفها :

العادة هى عبارة عما يستقر فى النفوس من الأمور المتكررة عند الطباع السليمة[2] وعلى هذا فإن العادة عبارة عن الاستمرار على شىء مقبول عند الطباع السليمة ، وهى تشمل كل ما اعتاد عليه الناس أو فئة منهم .

الدليل عليها :

وأصل هذه القاعده القول المأثور ( ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن )[3] وكذلك روى البخارى أن القاضى شريحا فى عهد عمر بن الخطاب قال للغزاليين : سنتكم بينكم[4] .

---

(١) محكمة — بتشديد الكاف المفتوحة — اسم مفعول من التحكيم

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٣ والأشباه والنظائر للسيوطى ٨٩

(٣) ليس بحديث شريف كما ظن بعض الحنفية ، بل هو قول عبد الله بن مسعود ، قال العلائى : ولم أجده مرفوعا فى شىء من كتب الحديث أصلا ولا بسند ضعيف بعد طول البحث ، وكثرة الكشف والسؤال ، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود موقوفا عليه . الأشباه والنظائر للسيوطى ص٨٩ وأحمد فى المسند ح١/٣٧٩ وأخرجه الحاكم فى المستدرك فى كتاب معرفة الصحابة ح٣/٧٨—٧٩ وأبو داود الطيالسى فى مسنده فى كتاب العلم ، باب ما جاء فى فضل العلم والعلماء والفقه فى الدين ح١/٢٣ وأبو نعيم فى الحلية ح ١/٢٧٥ والسخاوى فى المقاصد الحسنة ص ٣٦٧

(٤) البخارى بشرح العينى ح ١٢/١٦

أنواعها :

( أ ) عادة عامة ، والمراد بها أن تكون مطردة ، أو غالبة فى جميع البلدان .

(ب) عادة خاصة ، أن تكون كذلك فى بعضها ؛ فالاطراد والغلبة شرط لاعتبارها سواء كانت عامة أو خاصة .

وقال ابن نجيم إن العادة ثلاثة أنواع :

( أ ) عرفية عامة ، كوضع القدم .

(ب) وعرفية خاصة ، كاصطلاح كل طائفة مخصوصة ، كالرفع للنحاة والفرق والجمع والنقض للنظار .

( ح ) وعرفية شرعية : كالصلاة ، والزكاة ، والحج ، تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية .

ويمكن أن تقول إن العادة تتنوع إلى عدة أنواع هى .

( أ ) منها مايتعلق بالمعاملات والحقوق .

(ب) ومنها مايقود للأخلاق والآداب .

( ح ) ومنها مايتعلق بالملبس والسلوك الاجتماعى .

( د ) ومنها ما لامعنى له سوى التسلية .

وتختلف العادات ، كباقى المظاهر الاجتماعية باختلاف الأمصار والأعصار ، فتأخذ فى كل زمان وفى كل مكان طابعا خاصا يميزها عن غيرها . مثال ذلك :

ماذكره الإمام الشاطبى رضى الله عنه عن كشف الرأس فى أيامه ( فإنه يختلف بحسب البقاع فى الواقع ، فهو لذوى المروءات قبيح فى البلاد الشرقية ، وغير قبيح فى البلاد المغربية ، فيكون عند أهل المشرق قادحا فى الصلاة ، وعند أهل المغرب غير قادح[1].

وأيضا : خاتم الخطبة ، فالعادة فى بعض البلاد أن يوضع فى اليد اليمنى قبل الزواج ، ثم ينقل إلى اليسرى بعده . مع أن العادة فى البعض الآخر على العكس من ذلك .

أهميتها :

تلعب العادة دورا هاما فى تاريخ نشوء الأمم وفى حياتهم الاجتماعية وفى مظاهر مدنيتهم ، وتتأثر فى ذلك بسببين رئيسيين :

طبيعة الإقليم . والروح القومية .

وتزداد قوة وانتشارا بواسطة التقليد الذى ينقلها ويثبتها فى حياة الشعوب .

معنى أن العادة محكمة :

معنى أن العادة محكمة ، أى أنها عامة كانت أو خاصة تجعل حكما لإثبات حكم شرعى .

وقد حوت كتب الفقه قواعد كلية فى مسألة تحكيم العادة ، وهى وجيزة التركيب ، فصيحة العبارة ، واضحة المعنى .

وذلك مثل :

---

(١) الموافقات للشاطبى ح ٢/٢٨٤

(أ) استعمال الناس حجة يجب العمل بها .

(ب) المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

وقد وردت بعبارات أخرى مثل قولهم : المشروط عرفا كالمشروط شرطا ، أو قولهم : العادة المطردة تنزل منزلة الشرط .

(حـ) المعروف بين التجار كالمشروط بينهم .

أو بعبارة أخرى : المتعارف بين التجار كالمشروط .

(د) التعيين بالعرف كالتعيين بالنص .

أو قولهم : الثابت بالعرف كالثابت بالنص .

شروط العادة :

١ — قال ابن عابدين : إن العادة إحدى حجج الشرع فيما لا نص فيه[1] فإذا ورد نص ، فلا كلام فى اعتبارها عامة كانت أو خاصة ؛ لأن النص أقوى من العرف ؛ لأن العرف جاز أن يكون على باطل ؛ كتعارف أهل زماننا فى إخراج الشموع والسرج إلى المقابر ليالى العيد . والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل .

ولأن حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط ، والنص حجة على الكل ، فهو أقوى[2] ، ولأن العرف إنما صار حجة بالنص وهو

---

(١) رد المحتار على الدر المختار — باب الربا ، حاشية ابن عابدين جـ ١٨١/٤

(٢) السابق نفسه .

قوله ﷺ (ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن)[1] فالعمل بالعادة حينئذ عبارة عن رد النص ورفضه، وهو لايجوز.

وعلى هذا فإن العادة التى نقصدها، والتى تعتبر مصدرا خارجيا للشرع الإسلامى إنما هى العادة التى توافق الأدلة الأصولية المعتبرة، أما ماجاء منها على خلاف هذه الأدلة، أو على خلاف روح الشريعة بشىء فمردود.

ومن أمثلة العادات المحرمة أو المذمومة: عادة حرمان النساء من الميراث. وعادات التعجيل والحلف بالطلاق، والحيل عند القائلين بتحريم الحيل.

ومن أجل هذا فقد قال الفقهاء: كل ما ورد به الشرع مطلقا، ولا ضابط له فيه، ولا فى اللغة يرجع فيه إلى العرف[2].

— ومثلوه بالحرز فى السرقة.

— والتفرق فى البيع، والقبض.

— ووقت الحيض وقدره.

— والإحياء والاستيلاء فى الغصب.

— والاكتفاء فى نية الصلاة بالمقارنة العرفية، بحيث يعد مستحضرا

---

(١) رد المحتار على الدر المختار — حاشية ابن عابدين جـ ٤ / ١٨١ باب الربا.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٨

الصلاة على ما اختاره الإمام النووى رضى الله عنه وغيره[١] .

وقالوا فى الأيمان : إنها تبنى أولا على اللغة ، ثم على العرف .

قال ابن نجيم : إن الأيمان مبنية على العرف ، لا على الحقائق اللغوية، وعليها فروع .

منها :

— لو حلف لايأكل الخبز حنث بما يعتاده أهل بلده ، ولو أكل الحالف خلاف ماعندهم لم يحنث ، ولا يحنث بأكل القطائف إلا بالنية .

— والشواء والطبيخ على اللحم ، فلا يحنث بالباذنجان والجزر المشوى ولا بالأرز المطبوخ بالسمن ، بخلاف المطبوخ بالدهن .

— والرأس مايباع فى مصره ، فلا يحنث إلا برأس الغنم .

— لو حلف لايدخل بيتا ، فدخل بيعة ، أو كنيسة ، أو بيت نار ، أو الكعبة لم يحنث[٢].

---

(١) السابق نفسه .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٨

وخرجت عن بناء الأيمان على العرف مسائل :

ــ الأولى : حلف لا يأكل لحما ، حنث بأكل لحم الخنزير والآدمى لأنه عرف عملى فلا يصلح مقيدا بخلاف العرف اللفظى ، فقد رده فى فتح القدير بقولهم فى الأصول : الحقيقة تترك بدلالة العادة ، إذ ليست العادة إلا عرفاً عمليا .

ــ الثانية : حلف لا يركب حيوانا . يحنث بالركوب على الإنسان لتناول اللفظ ، والعرف العملى وهو أنه لا يركب عادة لا يصلح مقيداً .

ــ الثالثة : لو حلف لا يهدم بيتا حنث بهدم بيت العنكبوت ، بخلاف لا يدخل بيتا ، والفرق بينهما بإمكان العمل بحقيقته فى الهدم ، بخلاف الدخول ، ولو صح هذا المثل لم يصح بناء الأيمان على العرف إلا عند تعذر العمل بحقيقته اللغوية .

الرابعة : حلف لا يأكل لحماً حنث بأكل الكبد والكرش . مع أنه لا يسمى لحماً عرفاً .

ومن المسائل التى خرجت عن بناء الأيمان على العرف عند الشافعية ما يأتى :

ــ المعاطاة ، لا يصح البيع ، ولو اعتيدت لاجرم أن الإمام النووى قال : المختار الراجح دليل الصحة ، لأنه لم يصح فى الشرع اعتبار لفظ ، فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من الألفاظ .

ــ ومسألة استصناع الصناع الجارية عادتهم بالعمل بالأجرة فإنهم لا يستحقون شيئاً إذا لم يشرطوه فى الأصح .

ومن أمثلة ذلك : أن يدفع ثوبا إلى خياط ليخيطه ،أو قصار ليقصره

أو جلس بين يدى حلاق لحلق رأسه ، أو دلاك فدلكه . أو دخل سفينة بإذن وسار إلى الساحل .

— ولم يرجعوا فى ضبط موالاة الوضوء وخفة الشعر وكثافته للعرف فى الأصح ولا فى ضابط التحذير [١] .

٢ — العرف الذى تحمل عليه الألفاظ، إنما هو المقارن السابق دون العرف المتأخر الطارئ.[٢] .

فلو حصل الاتفاق على ثمن لمبيع بدراهم ، أو بدنانير فى بلد اختلفت فيها النقود ، كان البيع منصرفا إلى النقد الدارج ، وإلى العرف الغالب حين البيع ، وليس إلى ما يطرأ بعد ذلك من اختلاف أو تغيير .

قال السيوطى رحمه الله تعالى : إن العادة الغالبة إنما تؤثر فى المعاملات ، لكثرة وقوعها ، ورغبة الناس فيما يروج فى النفقة غالباً ، ولا يؤثر فى التعليق والإقرار ، بل يبقى اللفظ على عمومه فيها :

أما فى التعليق فلقلة وقوعه، وأما فى الإقرار، فلأنه إخبار عن وجوب سابق ، وربما يقوم الوجوب على العرف الغالب، فلو أقر بدراهم وفسرها بغير سكة البلد ، قبل .

وكذا الدعوى بالدراهم لا تنزل على العادة ، كما أن الإقرار بها لا ينزل على العادة ، بل لا بد من الوصف. وفرقوا بما سبق أن الدعوى والإقرار إخبار عما تقدم ، فلا يقيده العرف المتأخر ، بخلاف العقد فإنه أمر باشره فى الحال ، فقيده العرف [٣] .

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٦
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠١
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٦

٣ — أن تكون العادة مقبولة — كما سبق فى التعريف — عند الطباع السليمة ، أى أن تكون معقولة ، ومطابقة للذوق السليم ، أو الرأى العام.

٤ — وأن تكون العادة من الأمور المتكررة الشائعة ، يقول ابن نجيم: إنما تعتبر العادة إذا اطردت ، أو غلبت [١] فان اضطربت فلا [٢].

وعلى هذا فإن العبرة للغالب الشائع ، لا النادر . ومن أجل هذا قالوا فى البيع : لو باع بدراهم ، أو دنانير ، وكانا فى بلد اختلف فيه النقود مع الاختلاف فى المالية والرواج ، انصرف البيع إلى الأغلب ، لأنه هو المتعارف ، فينصرف المطلق إليه .

ومن ذلك :

• لو باع التاجر فى السوق شيئاً بثمن، ولم يصرحا بحلول ، ولا تأجيل وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدرا معلوماً، انصرف إليه بلا بيان ، لأن المعروف كالمشروط .

وإذا باعه المشترى تولية ، ولم يبين التقسيط للمشترى هل يكون للمشترى الخيار ؟

منهم من أثبته . والجمهور على أنه يبيعه مرابحة بلا بيان ، لكونه حالا بالعقد .

• ولو استؤجر الكاتب . فالحبر والأقلام عليه عملا بالعرف .

• وكذلك لو استؤجر خياط ، فالخيط والإبرة عليه عملا بالعرف.

• وأن علف الدابة على مالكها ، دون المستأجر ، وأن المستأجر لو تركها بلا علف ، حتى ماتت جوعاً ، فلا ضمان عليه .

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم صـ ٩٤ — ٩٥

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى صـ ٩٢

• ولو بعث شمعا فى شهر رمضان إلى مسجد ، فاحترق ، وبقى منه ثلثه ، أو دونه ، فليس للإمام ، ولا للمؤذن أن يأخـــذه بغير إذن الدافع ، ولو كان العرف فى ذلك الموضع أن الإمام ، أو المؤذن يأخذه من غير صريح الإذن فى ذلك ، كان له ذلك (١) .

• ولو غلبت المعاملة بجنس من العروض ، أو نوع منه ، انصرف الثمن إليه عند الإطلاق فى الأصح ، كالنقد (٢)

وعلى هذا فإن كل مايتضح فيه اطراد العادة ، فهو المحكم ، ومضمره كالمذكور صريحا ، وكل ما تعارض الظنون بعض التعارض فى حكم العادة فيه هو مثار الخلاف .

٥ — لا عبرة بالعرف إذا كان بين الطرفين شرط مخالف ، لأن العرف بمنزلة الشرط الضمنى فإذن هو مردود بوجود الشرط الصريح :

القواعد المتفرعة عن هذه القاعدة

تفرع عن هذه القاعدة القواعد الآتية :

١ — استعمال الناس حجة يجب العمل بها :

• والمراد باستعمال الناس هو نفس المراد بالعادة وقد تقدم .

• وقيل : إن الاستعمال هو نقل اللفظ عن موضعه الأصلى إلى معناه المجازى شرعاً ، وغلبة استعماله فيه ، ولا تظهر إرادته هنا ، لأنه لا يتمشى

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠١
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩٢

إلا على قول الصاحبين المرجـــوح من أنه إذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز أكثر استعمالا منها يراد باللفظ معنى أعم يشمل الحقيقة والمجاز. ولم يرجح قولهما، وإذا لم يرجح يكون المعمول به هو قول الإمام وحملها على المرجوع بلا داع إليه غير موافق.

وإذا أريد بالاستعمال العرف العملي فحينئذ تكون القاعدة المذكورة تأكيداً لسابقتها.

٢ — الممتنع عادة كالممتنع حقيقة:

ومعناها أن المستحيل بعرف الناس، حكمه حكم المستحيل الحسي.

— فمثال المستحيل الحسي: أن يدعي رجل أنه ابن رجل آخر أصغر منه سنا.

— ومثال المستحيل العرفي: أن يدعي رجل معدم أن السلطان استدان منه مبلغاً كبيرا من المال، فهنا كان للعادة تأثير في وصف الأمر المدعى به وإلحاقه بالمستحيل الحسي.

وعلى هذا فإن الممتنع عادة كالممتنع حقيقة، فكما أن الممتنع حقيقة لا تسمع الدعوى به ولا تقام البينة عليه للتيقن بكذب مدعيه: فكذلك الممتنع عادة.

ومن الأمثلة التطبيقية:

— دعوى المدعي إقرار المدعى عليه بعد أن طالت الخصومة بينهما.

— وكدعوى القريب أو أحد الزوجين ملك ما باعه وسلمه إلى الآخر باطلاعه، أو أن له فيه حصة:

— وكدعوى الأجنبي على المشتري أن المبيع ملكه، أو أن له فيه حصة بعد ما رآه يتصرف في المبيع تصرف الملاك في أملاكهم بالهـــدم أو البناء أو الغراس و

— وكدعوى الولد الذى فى عائلة أبيه وضيعتهما واحدة أن المال الذى تحت يد والده ملكه أو له فيه حصة .

— وكدعوى المتولى أو الوصى أنه أنفق أموالا عظيمة كذبه فيها الظاهر على الوقف أو اليتيم .

فكل ذلك لا تسمع الدعوى بشىء منه ولا تقام البينة عليه .

٣ — الحقيقة تترك بدلالة العادة :

الحقيقة تترك بدلالة العادة والعرف ، لأن الاستعمال والتعارف يجعل إطلاق اللفظ على ما تعورف استعماله فيه حقيقة بالنسبة إلى المستعملين ، ويجعل إطلاقه على معناه الوضعى الأصلى فى نظرهم مجازا .

ومن المعلوم أن الأمر إذا دار بين الحقيقة والمجاز تترجح الحقيقة ، وهى هنا العرف والعادة ، ويترك المجاز ، وهو المعنى الوضعى الأصلى .

وعلى هذا فان المراد بالحقيقة هنا هى الحقيقة المهجورة ، وإلا فإن الحقيقة المستعملة عند أبى حنيفة هى المعتبرة دون المجاز .

أى إن المعنى الحقيقى للفظ ما إذا أصبح مهجورا ، وشاع استعمال ذلك اللفظ فى معنى آخر ، فيكون المعنى المشهور معمولا عليه دون الحقيقى .

وبمعناه قيل فى المثل : غلط مشهور خير من صحيح مهجور .

٤ — المعروف عرفا كالمشروط شرطاً :

المعروف عرفا كالمشروط شرطاً ، ففى كل محل يعتبر ويرعى فيه شرعاً صريح الشرط المتعارف[1] ، وذلك بأن لا يكون مصادماً للنص بخصوصه .

(١) تقييد الشرط بالمتعارف . لأن غير المتعارف لا يعتبر إلا إذا

فإذا تعارف الناس ، واعتادوا التعامل عليه بدون اشتراط صريح فهو مرعى ويعتبر بمنزلة الاشتراط الصريح .

وعلى هذا فإنه كما لا تسمع الدعوى بخلاف ما شرط صريحاً مما تعورف ، فإنه كذلك لا تسمع الدعوى بخلاف ما تعورف واعتيد العمل به بدون شرط .

ومن أجل هذا فقد قالوا : لو ادعى نازل الخان ، وداخل الحمام ، وساكن المعد للاستغلال الغصب ، ولم يكن معروفاً به لم يصدق فى ذلك ، ويلزمه الأجر .

وذلك كما لو استخدم صانعاً فى صنعة معروف بها ، وبها قوام حاله ، ومعيشته ولم يعين له أجرة ثم طالبه بالأجر ، فادعى أنه استعان به مثلا ، فإنه لا يسمع منه ويلزمه أجر مثله .

وأما إذا كان الشرط المتعارف الصريح غير معتبر شرعاً : وذلك بأن كان مصادما للنص بخصوصه فإنه لا يكون معتبرا إذا تعارف الناس عليه بدون اشتراط .

فمثلا لو تعارف الناس على تضمين المستعير والمستأجر ما تلف من العين المعارة أو المأجورة بدون تعد منه ولا تقصير ، فإن ذلك التعارف لا يعتبر ولا يراعى ، لأنه مضاد للشرع .

---

= كان شرطاً يقتضيه العقد كاشتراط حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، أو يلائمه كاشتراط كفيل حاضر ، أو رهن معلوم ، فهو غير ما نحن فيه .

وما تفرع على هذه القاعدة ما يأتي :

• ما لو جهز الأب ابنته بجهاز ، ودفعه لها ، ثم ادعى أنه عارية ، ولا بينة ، فإنه ينظر إن كان العرف مستمرا أن مثل ذلك الأب يدفع مثل ذلك الجهاز عارية أو ملكا فإنه يتبع .

ويكون القول قول من يشهد له العرف ، البينة بينة الآخر .

وإن كان العرف مشتركا ، فالقول للأب والبينة بينة البنت .

• ما لو اختلف البائع والمشترى فى دخول البرذعة ، أو الإكاف فى البيع ، فإنه يحكم العرف .

• ما لو دفع الأب ابنه إلى الأستاذ مدة معلومة ليعلمه الحرفة ، ثم اختلفا ، فطلب كل منهما من الآخر الأجر ، فإنه يحكم بالأجر لمن يشهد له عرف البلدة .

• وكذا يعتبر العرف فى أن الحمال يدخل المحمول إلى داخل الباب أولا[1] .

• — المعروف بين التجار كالمشروط بينهم :

هذه القاعدة فى معنى القاعدة السابقة ، إلا أن تلك مطلق عرف ، وهذه خاصة فى عرف التجار .

وعلى هذا فإذا وقع التعارف والاستعمال بينهم على شىء غير مصادم النص ، فإنه يتبع وينصرف إليه عند الإطلاق ، ولا تسمع دعوى إرادة خلافه .

ومن أمثلة ذلك : لو باع التاجر شيئاً ، وقد جرى العرف على أن

---

(١) شرح القواعد الفقهية تأليف الشيخ أحمد الزرقا ص٢٣٧—٢٣٨

يكون بعض معلوم القدر من الثمن حالا ، أو على دفع كل الثمن يكون منجما على نجوم معلومة ، فإن ذلك العرف يكون مرعياً بمنزلة الشرط الصحيح .

تنبيـــه :

ربما يتوهم متوهم مما ذكر فى هذه القاعدة والتى قبلها من أن الدعوى بخلاف المتعارف لا تسمع أنه فى الفرع الأول المفرع على هذه القاعدة :

لو سلم البائع السلعة ، ثم جاء يدعى بكل الثمن ، وأنه سلم السلعة ، ولم يقبض بعض الثمن المتعارف دفعه قبل التسليم لا تسمع دعواه بالكل ، بل بالبعض المتعارف تنجيمه .

والحال أن الدعوى تسمع منه بالكل ، وليس فى سماعها مخالفة للعرف ، وذلك لأن العرف يجعل المسكوت عنه كالمشروط ، فهو يقضى بجعل المتبايعين كأنهما شرطا تعجيل بعض معلوم من الثمن وتنجيم الباقى صريحاً ، لا بأكثر من ذلك ، حتى لو أراد البائع قبض كل الثمن قبل تسليم السلعة بحجة أنهما لم يشترطا شيئاً لم تسمع دعواه ، ولا يجاب طلبه ، لأن الثمن كان واجباً كله بالعقد ، فلا يقضى بسقوط شىء منه بحكم الظاهر ، لأن الظاهر لا يصلح حجة لإبطال ما كان ثابتاً .

والحاصل أن البائع بدعواه هذه ينكر قيام المشترى بمـــا يقتضيه العرف ، وذلك منه لا يصادم العرف .

وأورد على هذا الجواب هذا الإشكال ، وهو ما ذكروه فى المهر من أن المدخول بها إذا ادعت كل المهر على الزوج ، أو ورثته ، وادعى الزوج ، أو ورثته دفع شىء لها من المهر يقال لها . إما أن تقرى بما تعجلت ، وإلا قضينا عليك بما تعورف تعجيله .

وأجيب عن ذلك بأن عرف التحـــاور المذكور جار على التقسيط

والتنجيم ، لا على القبض فعلا ، بل إن القبض فعلا قد يقع قد ولا يقع ، بخلاف مسألة المهر المذكورة ، فإنها معللة بأن العرف جار على أنها لا تسلم نفسها حتى تتعجل شيئاً من المهر[1] .

٦ — التعيين بالعرف كالتعيين بالنص :

هذه القاعدة فى معنى :

— استعمال الناس حجة يجب العمل بها .

— والمعروف عرفاً كالمشروط شرطا .

— والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم .

ومما يمكن أن يتفرع على هذه القاعدة ما يأتى :

(أ) ما لو استأجر دارا أو حانوتاً بلا بيان من يسكن ، أو بلا بيان ما يعمل فيه ، فله أن ينتفع بجميع أنواع الانتفاع ، غير أنه لا يسكن حدادا ، ولا قصارا ، ولا طحانا من غير إذن المؤجر .

(ب) وكذلك لو استأجر حانوتاً فى سوق البزازين مثلا ، فليس له أن يتخذه الحدادة ، أو الطبخ ، أو نحو ذلك مما يؤذى جيرانه .

---

(١) شرح القواعد الفقهية صـ ٢٣٩

## الخاتمـــة

تناول هـذا البحث القواعد الفقهية الكلية ، ورأينا أن القدامى قد ألفوا فى هذا العلم ووضعوا الأساس المتين المكين ، ثم جاء من بعدهم المتأخرون فعلقوا وشرحوا وأضافوا ، ثم المعاصرون فيسروا وأبانوا ، وأوضحوا لنا فائدة القواعد الفقهية، ورأينا أن تلك القواعد كلية أبدية ، وأن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة ، وتلك القواعد مسلمة معتبرة فى كتب الفقه تتخذ أدلة لإثبات المسائل وتفهمها ، وأنها تحكم الفروع الفقهية المتشابهة .

وهى من قبيل الأحكام الفقهية ، إذ هى وإن كانت كلية ، إلا أن موضوعها هو فعل المكلف بأنه لا يستحق عليه الثواب إلا إذا كان قد نوى به القربة .

وهـذا بخلاف القواعد الأصولية ؛ فإن موضوعها هو الدليـل الشرعى ، وأحواله والأحكام ، وأحوالها ، ومن أجل كونها أحكاما فقهية سميت بالقواعد الفقهية فى مقابل الأحكام الفقهية الجزئيـة التى هى تطبيق لها .

وعلى هذا فإن علم أصول الفقه يبين لنـا المنهاج الذى يلتزمه الفقيه فهو القانون الذى يلتزمه الفقيه ، ليعتصم به من الخطأ فى الاستنباط .

أما القواعد الفقهية فهى مجموعة الأحكام المتشابهة التى ترجع إلى قياس واحد يجمعها ، أو إلى ضبط فقهى يربطها ، كقواعد الملكية فى

الشريعة الإسلامية ، وكقواعد الضمان ، وكقواعد الخيارات ، وكقواعد الفسخ بشكل عام .

وتمتاز القواعد الفقهيـة بالإيجاز فى صياغتها على عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الجزئية ، فتصاغ القاعدة بكلمتين ، أو ببضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم .

ولولا هذه القواعد الفقهية لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً مشتتة قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها فى الافكار ، وتبرز فيها العلل الجامعة وتعين اتجاهاتها التشريعية وتمهـد بينها طريق المقايسة والمجانسة .

والقواعد الفقهية منها ما يعد أصلا فى ذاته لا يتفرع عن قاعدة فقهية أخرى ، ومنها ما هو متفرع عن غيره :

وقد خص النوع الأول باسم القواعد الفقهية العامة .

وسمى النوع الثانى بالقواعـد الفقهية الكلية ، لأنه يتخرج عليها ما لا يحصر من الصور الجزئية .

ولقد تحدثت عن القواعد الفقهية الكلية الخمس ، وجاءت الدراسة مقسمة إلى ثلاثة مباحث وخاتمة على النحو الآتى :

المبحث الأول ويعرض لمعنى القواعد الفقهية .

وتحدث المبحث الثانى عن نبذة تاريخية عن تلك القواعـد الفقهية ورأينا أن تلك القواعد الفقهية قد تكونت مفاهيمها ، وصيغت نصوصها بالتدرج فى عصور ازدهار الفقه الإسلامى ، ونهضت على أيدى كبار فقهاء المذاهب المختلفة . ولا يعرف لكل قاعدة من تلك القواعد الفقهية

صائغ معين ، اللهم إلا ما كان منها نص حديث نبوى شريف مثل قاعدة: لا ضرر ولا ضرار ، أو ما أثر عن بعض أئمة المذاهب وكبار أتباعهم من عبارات جرت بعد ذلك مجرى القول ، ومن ذلك ما جاء على لسان أبى يوسف — رضى الله عنه — فى كتاب الخراج : ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف .

وبالنسبة لمعظم تلك القواعد ، فقد اكتسبت صياغتها الأخيرة المأثورة عن طريق التداول ، والصقل ، والتحوير على أيدى كبار فقهاء المذاهب فى مجال التعليل والاستدلال ، فقد كانت تعليلات الأحكام الفقهية الاجتهادية ، ومسالك الاستدلال القياسى عليها ، أعظم مصدر لتقييد هذه القواعد ، وإحكام صيغتها بعد استقرار المذاهب الفقهية وانصراف كبار أتباعها إلى تحريرها ، وترتيب أصولها وأدلتها .

ومن المؤلفين الذين أشاروا فى مصنفاتهم إلى هذه القواعد :

* القاضى حسين ، الفقيه الشافعى .
* وأبو طاهر محمد بن محمد الدباس .
* وأبو سعيد الهروى .
* وجلال الدين السيوطى .
* وزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المصرى .
* والعلامة نور الدين السالمى .
* والفقيه التركى محمد أبو سعيد الخادمى .
* ثم جاءت مجلة الأحكام العدلية فى عهد الدولة العثمانية .
* والشيخ محمود حمزة مفتى دمشق .

وتناول المبحث الثالث : القواعد الكلية الخمس :

١ — الأمور بمقاصدها .

٢ — اليقين لا يزول بالشك .

واندرج تحت هذه القاعدة عدة قواعد :

— الأصل بقاء ما كان على ما كان من الاستصحاب .

— ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد الدليل على خلافه .

— الأصل فى الأمور العارضة العدم .

— الأصل براءة الذمة .

— أصل ما انبنى عليه الإقرار إعمال اليقين وطرح الشك .

— من شك هل فعل شيئا أولا ؟ فالأصل أنه لم يفعله .

— الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته .

٣ — المشقة تجلب التيسير .

أنواع المشقة :

— مشقة جالبة للتيسير .

— ومشقة لا تنفك عنها التكليفات الشرعية .

والقواعد المتفرعة عن تلك القاعدة :

— إذا ضاق الأمر اتسع .

— يغتفر فى البقاء مالا يغتفر فى الابتداء .

٤ — الضرر يزال .

ما انبنى على هذه القاعدة من أبواب الفقه .

القواعد المتفرعة عن تلك القاعدة :

— الضرر يزال .

— الضرر لا يزال بالضرر .

— الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف .

— يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام .

— درء المفاسد أولى من جلب المصالح .

— الضرر لا يكون قديما .

٥ — العادة محكمة .

شروطها :

— العادة إحدى حجج الشرع فيما لا نص فيه .

— العرف الذى تحمل عليه الألفاظ هو العرف المقارن السابق . دون العرف المتأخر الطارىء .

— أن تكون العادة مقبولة عند الطباع السليمة .

— وأن تكون من الأمور المتكررة الشائعة .

— لا عبرة بالعرف إذا كان بين الطرفين شرط مخالف .

القواعد الفقهية المتفرعة عن هذه القاعدة :

١ — استعمال الناس حجة يجب العمل بها .

٢ — الممتنع عادة كالممتنع حقيقة :

٣ — الحقيقة تترك بدلالة والعادة والعرف .

٤ — المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

٥ — المعروف بين التجار كالمشروط بينهم .

٦ — التعيين بالعرف كالتعيين بالنص .

هذا وكنت أعرض القاعدة مشيرا إلى الدليل عليها مع ضرب الأمثلة التطبيقية لها من الفقه الإسلامي ؛ مع النصوص وتأصيلها .

وفي النهاية أضرع إلى المولى عز وجل أن يجعل هذا العمل خالصا لذاته العلية ، وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب .

# فهارس الكتاب

# فهرس الآيات القرآنية الكريمة

# فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

## ثبت المصادر والمراجع

أولا : الحديث النبوي الشريف وشروحه :

١ ـــ إحياء علوم الدين .

تصنيف الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي ت ٥٠٥ ـــ المكتبة التجارية .

٢ ـــ الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان .

ترتيب الأمير علاء الدين الفارسي ، تحقيق عبد الرحمن محمد عثمان الطبعة الأولى ١٣٩٠هـ ـــ ١٩٧٠م ـــ محمد عبد المحسن الكتبي ـــ المدينة المنورة .

٣ ـــ تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي .

لخاتمة الحفاظ شيخ الإسلام الإمام أبي الفضل شهاب الدين أحمد ابن علي العسقلاني ت ٨٥٢ ق عنى بتصحيحه والتعليق عليه / السيد عبد الله هاشم اليماني المدني بالمدينة المنورة ١٣٨٤هـ ـــ ١٩٦٤م ـــ شركة الطباعة الفنية المتحدة ـــ القاهرة .

٤ ـــ سنن أبي داود السجستاني .

للإمام الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني ، تعليق الشيخ أحمد سعد علي ، الطبعة الأولى ١٣٧١هـ ١٩٥٢م الحلبي .

٥ ـــ سنن ابن ماجه .

للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه ٢٠٧هـ ـــ ٢٧٥

تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

٦ — سنن النسائى .

للحافظ أبى عبد الرحمن بن شعيب النسائى، الحلبى طبعة سنة ١٣٨٣ هـ — ١٩٦٤م .

٧ — السنن الكبرى .

للحافظ أبى بكر أحمد بن الحسن البيهقى ت سنة ثمان وخمسين وأربعمائة طبعة دائرة المعارف بالهند ، الطبعة الأولى ١٣٤٤ هـ .

٨ — صحيح البخارى .

لأبى عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبه البخارى الجعفى ت٢٥٦ هـ دار مطابع الشعب .

٩ — صحيح مسلم — للإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى النيسابورى ت بنيسابور سنة إحدى وستين ومائتين بشرح النووى — المطبعة المصرية .

١٠ — فتح البارى بشرح صحيح البخارى .

للحافظ أحمد بن على بن حجر العسقلانى، رقم كتبه وأبوابه محمد فؤاد عبد الباقى القاهرة ١٣٨٠ هـ .

١١ — فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوى .

الطبعة الأولى ١٣٥٦ هـ — ١٩٣٨ م

١٢ — كشف الخفا ومزيل الألباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس ، للشيخ إسماعيل العجلونى، تصحيح أحمد القلاش مكتبة التراث الإسلامى بحلب .

١٣ — مجمع الزوائد ومنبع الفوائد .

للهيثمى ، وهو الحافظ : نور الدين على بن أبى بكر الهيثمى ت٨٠٧ هـ .

بتحرير الحافظين الجليلين : العراق وابن حجر طبعة سنة ١٣٥٢ هـ — مكتبة القدس .

١٤ — المستدرك على الصحيحين فى الحديث .

الحافظ أبى عبدالله بن عبدالله المعروف بالحاكم . دار الفكر بيروت ١٣٩٨ هـ — ١٩٧٨ .

١٥ — مسند الإمام أحمد بن حنبل.

شرح وتحقيق أحمد محمد شاكر — دار المعارف بمصر سنة ١٣٦٩ هـ وطبعة بيروت بهامشها منتخب كنز العمال فى سنن الأقوال والأفعال .

١٦ — المقاصد الحسنة فى بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة .

تأليف الحافظ شمس الدين أبى الخير محمد بن عبد الرحمن السخاوى ت ٩٠٢ هـ تحقيق محمد عبدالله صديق ١٣٧٥ هـ — ١٩٥٦ م .

١٧ — موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان .

الحافظ نور الدين الهيثمى . حققه ونشره/محمد عبد الرزاق حمزة — المطبعة السلفية ومكتبتها .

١٨ — الموطأ ، لامام الأئمة وعالم المدينة مالك بن أنس — الحلبى تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى ١٩٥١ م .

ثانياً : أصول الفقه :

المذهب الإباضى :

١٩ — شرح كتاب طلعة الشمس على الألفية تأليف الإمام العلامة أبى محمد عبد الله بن حميد السالمى .

٢٠ — شرح كتاب النيل وشفاء العليل تأليف الإمام العلامة محمد ابن يوسف أطفيس .

٢١ — منهج الطالبين وبلاغ الراغبين .

تأليف خميس بن سعيد بن على بن مسعود الشقصى الرستاقى . تحقيق سالم بن حمد الحارثى .

المذهب المالكى :

٢٢ — تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الأسرار الفقهية .

للشيخ محمد على وهـــو مطبوع مع الفروق للقرافى الطبعة الأولى ١٣٤٤ هـ .

٢٣ — الفروق للإمام شهاب الدين أبى العباس الصنهاجى المشهور بالقرافى الطبعة الأولى ١٣٤٤ هـ .

٢٤ — الموافقات فى أصول الشريعة لأبى إسحاق الشاطبى وهو إبراهيم ابن موسى اللخمى الغرناطى المالكى ، المتوفى ٧٩٠ — المكتبة التجارية الكبرى تحقيق الشيخ عبد الله دراز .

٢٥ — حاشية العدوى — على شرح أبى الحسن لرسالة ابن أبى زيد وهى حاشية العلامة المحقق الشيخ على الصعيدى العدوى على شرح الإمام أبى الحسن المسمى كفاية الطالب الربانى لرسالة ابن أبى زيد القيروانى فى مذهب مالك رضى الله عنه .

المذهب الحنفى :

أصول الفقه :

٢٦ — للإمام الفقيه الأصولى أبى بكر محمد بن أحمد بن أبى سهل السرخسى ت ٤٩٠ هـ .

تحقيق أبو الوفا الأفغانى ، لجنة إحياء المعارف بالهند ١٣٧٢ هـ .

٢٧ — الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان لابن نجيم — — زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المصرى ت ٩٧٠ هـ تحقيق وتعليق عبد العزيز محمد الوكيل طبعة الحلبى ١٣٨٧ هـ — ١٩٦٨

٢٨ — بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للعلامة علاء الدين أبى بكر ابن مسعود الكاسانى الحنفى ت ٥٨٧ هـ الناشر زكريا يوسف .

٢٩ — تنقيح الفتاوى الحامدية لمحمد أمين بن عمر الشهير بابن عابدين طبعة بولاق .

٣٠ — تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن على الزيلعى ٧٤٣ وطبعة بولاق ١٣١٣ هـ

٣١ — جامع الفصولين .

للإمام محمود بن إسرائيل الشهير بابن قاضى السماوة ، وبهامشه اللآلىء الدرية لخير الدين الرملى .

٣٢ — حاشية رد المحتار على الدر المختار لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فى فقه الإمام أبى حنيفة النعمان — الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ — ١٩٦٦م

٣٣ — الخراج — لأبى يوسف يعقوب بن إبراهيم ١١٣ — ١٨٢هـ

٣٤ — درر الحكام فى شرح غرر الأحكام .

للقاضى محمد بن فراموز الشهير بملا خسرو ٨٨٥ طبعة الإستانة .

٣٥ — درر الحكام شرح مجلة الأحكام .

لعلى حيدر — الترجمة العربية — فهمى الحسينى حيفا ١٩٢٥

٣٦ — ذخيرة الفتاوى — الذخيرة البرهانية .

للإمام برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز البخارى .

٣٧ — شرح مجلة الأحكام العدلية .

لتسليم رستم باز — بيروت ١٨٩٨ م

٣٨ — الفرائد البهية فى القواعد والفوائد الفقهية

للشيخ محمود حمزة — مفتى دمشق — طبعة دمشق ١٢٩٨هـ.

٣٩ — مجلة الأحكام العدلية

أعدتها لجنة من كبار علماء الدولة العثمانية الأحناف سنة ١٢٨٦ هـ

ثم صدرت قانونا مدنيــاً شرعيـاً عامـاً فى الدولة العثمانية منـذ ١٢١٣ هـ .

٤٠ — الهداية شرح البداية

لبرهان الدين على المرغيتانى ٥٩٣ هـ طبعة الميمنية ١٣١٩ هـ

ومنها الشروح التالية :

— العناية وفتح القدير وتكملة والكفاية شرح الهداية ، لجلال الدين الخوارزمى الكرلانى .

المذهب الشافعى :

٤١ — الأشباه والنظائر فى قواعد وفروع فقه الشافعية .

تأليف الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطى ت ٩١١ هـ الحلبى .

٤٢ — المجموع شرح المهذب للشيرازى — تحقيق الشيخ محمد نجيب المطيعى مطبعة الإرشاد بجده .

٤٣ — المهذب للشيرازى فى فقه مذهب الإمام الشافعى، تأليف الشيخ أبى إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الفيروزابادى

المذهب الحنبلى :

٤٤ — القواعد والفوائد لأبى الحسن علاء الدين ابن اللحام .

كتب الفقه العام :

ــ أصول الفقة ــ لأبى زهرة

ــ المدخل الفقهى العام ــ الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد

ــ المدخل لدراسة الفقه الإسلامى
التعريف بالعقد الاسلامى بوجه عام ، د.محمد الحسينى حنفى

ــ شرح القواعد الفقهيه
الشيخ أحمد بن محمد الزرقا ــ الطبعة الثانية

اللغة العربية :

ــ لسان العرب .

محمد بن منظور الإفريقى المصرى ٧١٠هـ طبعة دار المعارف

ــ المعجم الوسيط
قام بإخراجه : د/ ابراهيم أنيس والشيخ عطيـــة الصوالحى ،
وعبد الحليم منتصر والأستاذ محمد خلف الله أحمد ــ الطبعة الثانية
سنة ١٩٣٢ ــ ١٩٧١

# فهرس الموضوعات

**رقم الإيداع بدار الكتب المصرية**
**٧٥١٨ لسنة ١٩٩٤**
**I.S.B.N977-00-7349-6**

دار الطباعة المحمدية
٣ درب الاتراك بالازهر